Göttinger Juristische Schriften

Martin Ahrens, Volker Lipp, István Varga (Hg.)

Europäisches Zivilprozessrecht

Einfluss auf Deutschland und Ungarn



Martin Ahrens, Volker Lipp, István Varga (Hg.)
Europäisches Zivilprozessrecht



Erschienen als Band 11 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
im Universitätsverlag Göttingen 2011

Martin Ahrens, Volker Lipp,
István Varga (Hg.)

Europäisches Zivilprozessrecht

Einfluss auf Deutschland und Ungarn

Göttinger Juristische Schriften,
Band 11



Universitätsverlag Göttingen
2011

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Kontakt
Prof. Dr. Volker Lipp
e-mail: lehrstuhl.lipp@jura.uni-goettingen.de
Prof. Dr. Martin Ahrens
e-mail: mahrens@jura.uni-goettingen.de

Satz und Layout: Anne Diedrich
Umschlaggestaltung: Kilian Klapp

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-017-0
ISSN: 1864-2128

Einführung

Die Europäisierung des Zivilprozesses ist ein geläufiges Schlagwort[1]. Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Europäische Union über keine eigene Zivilgerichtsbarkeit verfügt, anders als z.B. die USA mit ihrer Bundesgerichtsbarkeit. Zivilprozesse werden nicht vor Gemeinschaftsgerichten geführt, sondern von den Zivilgerichten der Mitgliedstaaten entschieden. Das gilt auch für Verfahren, die materiell-rechtlich auf der Grundlage europarechtlicher Normen des Primär- oder Sekundärrechts zu entscheiden sind. Die Organisation der Ziviljustiz und die Gerichtsverfassung fallen grundsätzlich ebenso in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten der Union wie das jeweilige Verfahrensrecht.

Damit ist jedoch nur der Grundsatz beschrieben. Sowohl die Europäische Menschenrechtskonvention und hier namentlich Art. 6 und 13 EMRK, als auch das Primärrecht der Europäischen Union enthalten Vorgaben für die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und ihre Regelungen des Zivilprozesses. So hat jüngst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aus Art. 13 EMRK das Recht einer Partei auf einen wirksamen prozessualen Rechtsbehelf gegen die Missachtung ihrer Rechte aus Art. 6 I EMRK durch das Gericht abgeleitet[2], was im konkreten Fall die Einführung eines Rechtsbehelfs gegen die Untätigkeit des Gerichts ins deutsche Rechtsmittelrecht erfordern dürfte[3]. Der *EuGH* hat z.B. die frühere deutsche Regelung der Ausländersicherheit in § 110 ZPO a.F. für unvereinbar mit dem Diskriminierungsverbot der Art. 7, 59, 60 EWGV (jetzt: Art. 12, 49, 50 EGV) erklärt[4].

Neben diesen allgemeinen Vorgaben aus der EMRK und dem Primärrecht der EU hat die Gemeinschaft darüber hinaus seit dem Vertrag von Amsterdam (1999) nach Art. 65 EGV die Gesetzgebungskompetenz für Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen. Dazu gehören insbesondere die Verbesserung und Vereinfachung der grenzüberschreitenden Zustellung und Beweisaufnahme sowie der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen (Art. 65 lit. a EGV) und die Regelung der internationalen Zuständigkeit zur Vermeidung von Kompe-

---

1 Vgl. dazu nur die jüngst erschienene Monographie von *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010.

2 EGMR NJW 2006, 2389 (Sürmeli); vgl. auch schon EGMR NJW 2001, 2694 (Kudla).

3 Dazu Krause/Schwarze/*Lipp*, Festschr. f. Hansjörg Otto, 2008, S. 299 (305, 314 f.).

4 *EuGH* NJW 1993, 2431 (Anthony Hubbard/Peter Hamburger).

tenzkonflikten (Art. 65 lit. b EGV). Betreffen diese Kompetenztitel noch Materien des Internationalen Zivilverfahrensrechts, eröffnet Art. 65 lit. c EGV eine Harmonisierungskompetenz auch für das sonstige Zivilverfahrensrecht. Davon hat sie mittlerweile regen Gebrauch gemacht. Das zeigt nachfolgender Überblick:

- EuGVVO Nr. 44/2001 (Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen) vom 22.12.2000[5],
- EheGVO Nr. 2201/2003 (Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung in Ehesachen und Sorgerechtsverfahren) vom 27.11.2003[6],
- EuZVOa Nr. 1393/2007 (Zustellung) vom 13.11.2007[7], die ab 13.11.2008 die EuZVO Nr. 1348/2000 vom 29.5.2000[8] ersetzt,
- EuInsVO Nr. 1346/2000 (Insolvenzverfahren) vom 29.5.2000[9],
- EuBVO Nr. 1206/2001 (Beweisaufnahme) vom 28.5.2001[10],
- EuVTVO Nr. 805/2004 (Europäischer Vollstreckungstitel) vom 21.4.2004[11],
- EuPKHRL Nr. 8/2003 (Prozesskostenhilfe-Richtlinie) vom 27.1.2003[12],
- EuMahnVO Nr. 1896/2006 (Europäisches Mahnverfahren) vom 12.12.2006[13],
- EuBagatellVO Nr. 861/2007 (Europäisches Verfahren für geringfügige Forderungen) vom 11.7.2007[14],
- EuMediationsRL Nr. 52/2008 (Mediations-Richtlinie) vom 21.5.2008[15],
- EuUnterhaltVO Nr. 4/2009 vom 18.12.2008[16].

Beide, sowohl die Vorgaben aus EMRK und dem Primärrecht der EU als auch die Verordnungen und Richtlinien im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit, tragen jedoch den Strukturen und Systemzusammenhängen des Gerichtsverfas-

5 ABl.EG 2001 L 12/1.
6 ABl.EG 2003 L 338/1, geändert durch VO Nr. 2116/2004 vom 2.12.2004, ABl.EG 2004 L 367/1.
7 ABl. 2007 L 324/79.
8 ABl.EG 2000 L 160/37.
9 ABl.EG 2000 L 160/1.
10 ABl.EG 2001, L 174/1.
11 ABl.EG 2004 L 143/15, geändert durch VO Nr. 1869/2005 vom 16.11.2005, ABl.EG 2005 L 300/6.
12 ABl.EG 2003 L 26/41.
13 ABl. 2006 L 399/1.
14 ABl. 2007 L 199/1.
15 ABl. 2008 L 136/3.
16 ABl. 2009 L7/1.

sungs- und Zivilprozessrechts der Mitgliedstaaten selten Rechnung – was angesichts der Vielzahl und Unterschiede der mitgliedstaatlichen Prozessrechte wohl unvermeidbar ist.

Aus Sicht der Mitgliedstaaten stellt diese Entwicklung eine gewaltige Herausforderung dar, die ein rechtsstaatliches und dem effektiven Rechtsschutz verpflichtetes Prozessrecht zu bewältigen hat. Da die Regelungen zum Europäischen Zivilverfahrensrecht ganz überwiegend in Verordnungen enthalten sind und damit unmittelbar geltendes Recht darstellen, müssen je eigenständige Bindeglieder zu den nationalen Prozessrechten geschaffen werden. Zugleich bleibt die Anwendung der Vorschriften zunächst den nationalen Gerichten vorbehalten, was für eine national geprägte Sicht und damit Auslegung der europäischen Regelungen Raum gibt. Auch innerhalb eines einheitlichen Justizraums werden sich daraus erheblich Unterschiede ergeben, die Schranken des Binnenmarkts darstellen.

Die Herausforderungen der Europäisierung für das deutsche und das ungarische Recht wurden auf einem gemeinsamen Kolloquium der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen und der Juristischen Fakultät der Eötvös-Lorand-Universität Budapest im Oktober 2007 diskutiert[17]. Daraus entstand der Plan, dieser Frage für das Zivilprozessrecht weiter nachzugehen und mit dem wissenschaftlichen Nachwuchs vertieft zu diskutieren. Unter der fachlichen Leitung von drei Inhabern zivilprozessualer Lehrstühle an der Georg-August-Universität Göttingen und der Eötvös-Lorand-Universität Budapest wurde deswegen ein Forschungsprojekt zur Europäisierung des Zivilprozesses – Wechselwirkungen zwischen Europäischem Recht und den Zivilprozessrechten der Mitgliedstaaten am Beispiel Ungarns und Deutschlands initiiert.

Das besondere Interesse an einem Vergleich zwischen dem deutschen und dem ungarischen Zivilprozessrecht und ihren Strategien und Konzepten, mit denen sie den Herausforderungen durch die Europäisierung gerecht zu werden suchen, begründet sich zunächst in dem Umstand, dass das ungarische Zivilprozessrecht sich zwar einerseits am deutsch-österreichischen Zivilprozess orientiert, sich andererseits aber stets eine eigenständige Stellung bewahrt hat. Vor allem aber hatte Ungarn als relativ „junger" Mitgliedstaat den *acquis communautaire* auch im Bereich des Zivilprozesses zu übernehmen, während Deutschland die einschlägigen europarechtlichen Regelungen mit gestalten konnte. Die vergleichende

---

[17] Heun/Lipp (Hrsg.), Europäisierung des Rechts. Deutsch-Ungarisches Kolloquium Budapest 2007, Göttinger Juristische Schriften Bd. 5, Göttingen 2008.

Untersuchung der Wechselwirkung zwischen dem Europäischen Recht und dem nationalen Zivilprozessrecht für einen jüngeren und einen älteren Mitgliedstaat der EU lässt uns daher Erkenntnisse erwarten sowohl für die Bewältigung der durch die Europäisierung aufgeworfenen Probleme im jeweiligen nationalen Prozessrecht als auch für das weitere Verständnis des mit der Europäisierung verbundenen Transformationsprozesses.

In dem Projekt wurde dem wissenschaftlichen Nachwuchs die Chance eröffnet, ihre eigenen Forschungen zum Europäischen Zivilprozessrecht zu vertiefen. Sie erhielten die Möglichkeit, ihre Thesen auf internationaler Ebene mit anderen jungen Forschern zu entwickeln und zu diskutieren. Damit begründet das Europäische und internationale Verfahrensrecht einen nachhaltigen Kristallisationspunkt für eine deutsch-ungarische Forschungskooperation. Mit dem vorliegenden Band werden die Ergebnisse der Forschungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Es ist zu hoffen, dass diese fruchtbare Zusammenarbeit auch zukünftig weitergeführt werden kann.

Dank der Förderung durch den DAAD konnten zwei Kolloquien in den Jahren 2009 und 2010 stattfinden, in denen die Teilnehmer ihre Untersuchungen vorstellen konnten. zu danken haben wir aber auch den Referenten, sowohl für ihre Referate als auch ihre Beiträge in diesem Band. Dank gebührt aber auch den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unserer Lehrstühle, namentlich Frau Anne Diedrich und Herrn Dennis Kann, aber auch allen anderen Beteiligten, ohne die weder die beiden Workshops noch dieses Buch möglich gewesen wäre.

Göttingen und Budapest, im Juni 2011

Martin Ahrens, Volker Lipp, István Varga

Inhaltsverzeichnis

Martin Ahrens

Die geplante Umsetzung der Mediationsrichtlinie 2008/52/EG in Deutschland

I. Die Mediationsrichtlinie 2008/52/EG
II. Europäische Zugangswege zur alternativen Streitbeilegung
  1. Grundlagen
  2. Ausgangssituation
  3. Fortsetzung
III. Vorgaben der MediationsRL
  1. Anknüpfung
  2. Anwendungsbereich
  3. Die drei großen V: Vollstreckbarkeit, Vertraulichkeit und Verjährung
  4. Qualitätssicherung
IV. Problemfelder der deutschen Ausgangssituation
  1. Berufsrechtliche Regelungen
  2. Verfahrensdesign
    a) Mediation in der Güteverhandlung gemäß § 278 II ZPO
    b) Güterichtermodell
    c) Außergerichtliche Streitschlichtung nach § 278 V 2 und 3 ZPO
  3. Richterliche Aufgaben
V. Der Entwurf der Transformationsgesetzgebung
  1. Ausrichtung
  2. Mediationsgesetz
    a) Berufsrecht
    b) Neutralität
    c) Ergebnisbeurteilung
    d) Vertraulichkeit
  3. Zivilgerichtliche Streitbeilegung und Mediationsverfahren
    a) Grundlagen der gütlichen Streitbeilegung
    b) Güterichter
    c) Gerichtsnahe Mediation
    d) Gerichtsinterne Mediation
      aa) Richterliches Dienstrecht
      bb) Verfahren
  4. Vollstreckbarkeit
  5. Sonstiges
VI. Fazit

I. Die Mediationsrichtlinie 2008/52/EG

Am 21.05.2008 haben das Europäische Parlament und der Rat die Richtlinie 2008/52/EG über „bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen" verabschiedet,[1] die am 13.06.2008 in Kraft getreten ist. Die Richtlinie ist Ausdruck der gewachsenen Bedeutung der alternativen Streitbeilegung gerade auch im justiziellen Kontext. Zugleich wird ihr harmonisierter Rechtsrahmen zu einer stärkeren Vernetzung von Mediations- und Gerichtsverfahren führen[2]. Im gemeinsamen europäischen Justizraum werden damit bindende Mindeststandards für die Mediation eingeführt[3]. Die Richtlinie gilt nach Art. 1 III in allen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks. Nach Art. 12 I 1 muss die Richtlinie innerhalb von drei Jahren, also vor dem 21.05.2011 umgesetzt werden. Ausgenommen ist hiervon Art. 10 über die Veröffentlichung der zuständigen Stellen, dem bereits bis zum 21.11.2010 nachzukommen war.

Aus dem Europäischen Recht entstammen damit die entscheidenden Impulse, um Verfahren alternativer Streitbeilegung systematisch in den deutschen Rechtskanon einzubetten. Trotz der intensiven rechtspolitischen Diskussion über die Verfahren der konsensualen Streitbeilegung, für die beispielhaft die Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags 2008 stehen[4], konnte sich bislang die Mediation in Deutschland keiner umfassenden Anerkennung sicher sein. Zu groß war der Abstand zwischen den methodenoffenen Modellen eines Interessenausgleichsverfahrens und den tradierten Rechtsschutzvorstellungen. Da die Grundsatzentscheidung über die Einführung der Mediation auf europäischer Ebene getroffen ist, muss jetzt vom Transformationsgesetzgeber darüber entschieden werden, wie die Mediation unter den europäischen Vorgaben in das nationale gerichtsverfassungs-, verfahrens- und berufsrechtliche Regelungssystem einzubetten ist.

Am 04.08.2010 hat das Bundesministerium der Justiz dazu den Referentenentwurf (RefE) für ein „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung" vorgelegt. Im Gegensatz zur Mediationsrichtlinie, deren Umsetzungsbedarf sehr lebhaft diskutiert worden ist[5], wurde der

---

1 ABl. EU 2008, Nr. L 136 /3.

2 *Eidenmüller/Prause,* NJW 2008, 2737.

3 Erwägungsgründe 7, 8, 14.

4 Mit dem Gutachten von *Hess,* Mediation und weitere Verfahren der konsensualen Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht?, 2008.

5 Z.B. *Wagner/Thole,* in Festschr. f. Kropholler, S. 915; *Eidenmüller/Prause,* NJW 2008, 2737; *Prütting,* JZ 2008, 847; *Lahann,* ZEuS 2008, 359; *Graf-Schlicker,* ZKM 2009, 83; *Probst,* JR 2009, 265; *Steffek*, ZKM 2009, 21; *Sujecki,* EuZW 2010, 7; *Tögel/Rohlf,* ZKM 2010, 86.

Referentenentwurf in der Literatur bislang kaum beachtet[6]. Ein nicht unwesentlicher Faktor ist wahrscheinlich die weitgehend konsensfähige Grundlage, auf welcher der RefE steht. So bestand bei dem am 12.1.2011 vom Kabinett verabschiedeten Regierungsentwurf (RegE) für ein „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung" keine Notwendigkeit zu tiefgreifenden Modifikationen. Umso stärker überraschen dann manche Änderungen, wie etwa die veränderte Justierung der §§ 278 V, 278a RegE-ZPO.

Der erste Artikel des RegE regelt den Entwurf eines Mediationsgesetzes. Vorgesehen sind in dem Mediationsgesetz Begriffsbestimmungen und insbesondere einige berufsrechtliche Regelungen zu den Aufgaben, Offenbarungs- und Verschwiegenheitspflichten sowie der Aus- und Fortbildung des Mediators. Im Rahmen eines von Bund und Ländern vereinbarten Forschungsvorhabens ist eine finanzielle Förderung der Mediation möglich. Weitere Artikel betreffen gerichtsverfassungsrechtliche Aspekte und die Änderungen der einzelnen Verfahrensordnungen, bei denen hier insbesondere die ZPO im Blickpunkt steht. Ersichtlich soll die Umsetzungsgesetzgebung ohne tief greifende Eingriffe in den bestehenden Corpus des Prozessrechts auskommen, doch bleiben wesentliche Aspekte ausgespart, wie die Stellung des Richters in der gerichtsinternen Mediation.

Um den Regelungsansatz der MediationsRL darzustellen, wird einführend unter II. ein Überblick über die europäischen Entwicklungen auf dem Gebiet der alternativen Streitbeilegung gegeben. Anschließend werden als III. die Grundaussagen der Richtlinie präsentiert. Unter IV. wird kurz die bestehende Rechtslage in Deutschland mit den wesentlichen Streitpunkten skizziert, um den Blick für den Umsetzungsbedarf zu schärfen. Besonders im Blickpunkt steht die als V. analysierte geplante Umsetzungsgesetzgebung, bevor abschließend, sub VI., ein kurzes Fazit gezogen wird.

---

6 *Greger,* ZRP 2010, 209.

II. Europäische Zugangswege zur alternativen Streitbeilegung

1. Grundlagen

Ausdrücklich wird in der Richtlinie das Ziel formuliert, den Zugang zur alternativen Streitbeilegung zu erleichtern und die gütliche Beilegung von Streitigkeiten zu fördern, indem zur Nutzung der Mediation angehalten und für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Mediation und Gerichtsverfahren gesorgt wird, Art. 1 I MediationsRL. Unter alternativen Formen der Streitbeilegung beziehungsweise als *Alternative Dispute Resolution* (ADR) werden im europäischen Kontext außergerichtliche Verfahren der Streitschlichtung unter Einschaltung eines neutralen Dritten mit Ausnahme der Schiedsgerichtsbarkeit verstanden[7]. Trotz einer Konzentration der Richtlinie auf die Mediation wird darin ein im Zusammenhang mit der gesamten Rechtsentwicklung förderungswürdiges Verfahren der konsensualen Streitbeilegung gesehen.

Dabei wurzelt die Richtlinie in einer langen und nicht immer gradlinigen Rechtsentwicklung. Einen wesentlichen Faktor für manche verschlungenen Verläufe stellte die zunächst im Verfahrensrecht sehr beschränkte europäische Rechtssetzungskompetenz dar, die erst mit dem Vertrag von Amsterdam und den Ratsbeschlüssen von Tampere erweitert wurde. Diese Kompetenzschranken suchte die Kommission über innovative Materien zu umgehen, die sich den tradierten Einordnungen entzogen.[8] Ein Musterbeispiel dafür bietet die konsensuale Streitbeilegung. Ohne festgefügte nationale Regelungsmodelle waren hier zugleich die geringsten sachlichen Schranken oder nationalen Widerstände zu erwarten.

2. Ausgangssituation

Als Legitimationsgrund und Kristallisationspunkt der verfahrensrechtlichen Aktivitäten zur alternativen Streitbeilegung mussten zunächst die Befugnisse der Kommission im Bereich der Verbraucherpolitik herhalten[9]. Bereits im Grünbuch über den Zugang der Verbraucher zum Recht und die Beilegung von Streitigkeiten der Verbraucher aus dem Jahr 1993 hatte die Kommission das Augenmerk auch

[7] Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 196 endg. S. 6.

[8] *Hess,* Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, Rdnr. 10.136, auch zum Folgenden.

[9] Überblick im Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 196, endg. S. 17 ff.; *Lahann,* ZEuS 2008, 359 (360).

auf die alternativen Verfahrensformen zur Konfliktbewältigung gerichtet[10]. Im Aktionsplan von 1996 für den Zugang der Verbraucher zum Recht und die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt wurde als Initiative die Förderung der außergerichtlichen Verfahren vorgeschlagen[11].

Es folgte die Empfehlung der Kommission 98/257/EG vom 30.03.1998 über die Grundsätze für Einrichtungen, die für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten zuständig sind[12]. Unabhängigkeit, Transparenz, eine kontradiktorische Verfahrensweise, Effizienz, Rechtmäßigkeit, Handlungsfreiheit und Vertretungsrechte sollten derartige Einrichtungen kennzeichnen. Fortgeschrieben wurden diese Anforderungen der Empfehlung der Kommission 2001/310/EG vom 04.04.2001 über die Grundsätze für die an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten beteiligten außergerichtlichen Einrichtungen[13].

Außerdem ist durch die Entschließung des Rats vom 25.05.2000 ein gemeinschaftsweites Netz einzelstaatlicher Einrichtungen für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten geschaffen worden[14]. Mitglied dieses European Extra-Judicial Network (EEJ-Net) ist das deutsche Informationsrelais Euroinfo mit Sitz in Kehl, von dem ein Verzeichnis der nationalen Schlichtungsstellen geführt wird. Allein für Deutschland werden danach mehrere hundert solcher *out-of-court bodies responsible for the settlement of consumer disputes* erwähnt[15]. Dem zusätzlich eingerichteten Netz für die außergerichtliche Beilegung von Streitigkeiten im Bereich Finanzdienstleistungen (FIN-Net) sind ADR-Einrichtungen der Mitgliedstaaten angeschlossen, die den Voraussetzungen der Kommissionsempfehlung vom 30.03.1998 entsprechen[16]. Geschaffen wurde auch das Online-Schlichtungssystem ECODIR (Electronic COnsumer DIspute Resolution Platform) für die Beilegung von grenzüberschreitenden Streitigkeiten im Internet[17].

---

10 KOM (1993) 576, endg. S. 64, 93.
11 KOM (1996) 13, endg. S. 13.
12 ABl. EU 1998, Nr. L 115/31.
13 ABl. EU 2001, Nr. L 109/56; insgesamt.
14 ABl. EU 2000, Nr. C 155/1 vom 6.6.2000.
15 http://www.eu-verbraucher.de/de/so-machen-sie-sie-geltend/schlichtung/branchen.
16 http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_de.htm.
17 http://www.ecodir.org.

3. Fortsetzung

Mit dem Vertrag von Amsterdam erfolgte ein grundlegender Wechsel des Leitbilds. In den Vordergrund trat nunmehr der verbesserte Zugang zum Recht (*access to justice*). Auf der Tagung in Tampere vom 15. und 16.10.1999 forderte der Europäische Rat die Mitgliedstaaten auf, im europäischen Rechtsraum den Zugang zum Recht zu erleichtern und u.a. alternative außergerichtliche Verfahren zu schaffen[18]. Auf dem Gipfel in Lissabon im März 2000 und den Tagungen des Rats in den Jahren 2000 und 2001 wurde der Einsatz alternativer Streitbeilegungsmethoden für einzelne Sachbereiche empfohlen, die speziell im Familien- und Arbeitsrecht umgesetzt wurden[19].

In der Folge legte die Kommission am 19.04.2002 ein Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht vor[20]. Für die Institutionen der Europäischen Union stellt danach die alternative Streitbeilegung eine mehrfach bekräftigte politische Priorität dar[21]. Im Grünbuch werden die Vorteile der ADR-Verfahren und damit auch der Mediation ganz praktisch ausgerichtet beschrieben. Die alternative Streitbeilegung soll eine Lösung für die Schwierigkeit bieten, der sich zahlreiche Länder dabei gegenübersähen, den Zugang zum Recht zu gewährleisten. Diese Probleme seien dadurch bedingt, dass sich die Klagen vor den Gerichten häuften, die Verfahren sich immer mehr in die Länge zögen und die Kosten stiegen. Die Komplexität der Materien und ihr ausgeprägter fachspezifischer Charakter erschwerten es dem Bürger zusätzlich, seine Rechte wahrzunehmen[22]. Eine konzeptionelle Einordnung und eine rechtssystematische Leistungsbeschreibung der gerichtlichen und der alternativen Rechtsschutzgewährleistungen erfolgten dagegen nicht. Geschaffen wurde aber ein *European Code of Conduct for Mediators*, der als freiwilliger Verhaltenskodex der Mediatoren beachtet werden soll[23].

Auf dem so eingeschlagenen Weg schreitet die MediationsRL fort, indem sie auf diese Geltungsgründe verweist[24]. Durch die Richtlinie soll, mit der Verfügbarkeit von Mediationsdiensten, zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beigetragen werden. Die Mediation könne, durch die auf die Bedürfnisse der Par-

---

18 Schlussfolgerungen des Vorsitzes Nr. 30.
19 KOM (2002) 196, endg. S. 11, Überblick S. 23 ff.
20 KOM (2002) 196, endg.
21 KOM (2002) 196, endg. S. 5.
22 KOM (2002) 196, endg. S. 7 f.
23 *Lahann,* ZEuS 2008, 359 (364).
24 Erwägungsgründe 4, 5.

teien zugeschnittenen Verfahren, eine kostengünstige und rasche außergerichtliche Streitbeilegung in Zivil- und Handelssachen bieten. Vereinbarungen, die im Mediationsverfahren erzielt sind, würden eher freiwillig eingehalten und wahrten eher eine wohlwollende und zukunftsfähige Beziehung zwischen den Parteien[25].

Gestützt wird die Richtlinie auf die allgemeine Kompetenz zur zivilprozessualen Zusammenarbeit aus Art. 61 lit. c) EGV, die für den hier maßgebenden Bereich durch Art. 65 lit c) EGV konkretisiert ist. Von dieser Kompetenzbestimmung erfasst werden zunächst spezifische Verfahren, um bestimmte Forderungen grenzüberschreitend durchsetzen zu können[26]. Der Handlungsrahmen beschränkt die Regelungsbefugnis aber nicht auf die klassischen Formen der Rechtsschutzgewährung. Die justizielle Zusammenarbeit kann ebenso die vorgelagerten Felder der gerichtlichen und außergerichtlichen Streitbeilegung einschließen.

Bemerkenswert ist freilich die von der Kommission gewählte Rechtsetzungsform. Während sich die Kommission in den vergangenen Jahren bei den zivilprozessualen Rechtsakten vor allem des Instrumentariums der Verordnungen bediente, ist die Regelung zur Mediation als Richtlinie erlassen. Der den transformierenden Mitgliedstaaten damit eröffnete Gestaltungsspielraum ermöglicht zweifellos eine flexiblere Einbettung in die nationalen Gerichts- und Verfahrensordnungen[27]. Geschuldet ist die Rechtsetzungsform aber vor allem der Qualität der behandelten Materie. Soweit sich die Kommission der Regelung alternativer Streitbeilegungsformen verschrieben hat, muss Raum für eine differenzierte Ausgestaltung verbleiben, denn die Alternative entzieht sich gerade einer monistischen Ausgestaltung. In Deutschland lässt dies eine Orientierung an den erprobten Verfahrensformen der Mediationsprojekte zu[28].

---

[25] Erwägungsgrund 6.

[26] *Hess,* Europäisches Zivilprozessrecht, Rdnr. 2.18.

[27] *Wagner/Thole,* in Festschr. f. Kropholler, S. 915 ff. (916).

[28] Vgl. etwa *von Bargen,* Gerichtsinterne Mediation, 2008, S. 70 ff.; *Greger,* NJW 2007, 3258; *Ahrens,* Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis, Tomus XLVIII (2007), 133 (138 ff.).

III. Vorgaben der MediationsRL

1. Anknüpfung

Neben der außergerichtlichen Mediation gehören zu den Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung die Schlichtungs- und Gütestellenverfahren, neuere Schiedsverfahren, wie die Adjudikation, sowie die Verfahren des sogenannten *Mini Trial* und der sogenannten *Early Neutral Evaluation*[29]. Obwohl die europäische Diskussion auf die verschiedenen Formen der alternativen Streitbeilegung erstreckt wurde, regelt die Richtlinie mit der Mediation allein ein spezifisches Verfahren[30]. Nicht erklärt wird diese gegenständliche Verengung gegenüber dem Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht. Selbst der Referenzrahmen der Richtlinie stellt in den Erwägungsgründen 2 bis 5 noch auf die alternative Streitbeilegung ab, bevor mit Erwägungsgrund 6 kommentarlos zur Mediation gewechselt wird.

Für andere alternative Streitbeilegungsformen, wie schiedsgerichtliche oder Schlichtungsverfahren auch nach § 15a EGZPO, aber auch die Vergleichsbemühungen des Streitgerichts[31], fehlen in der Richtlinie verbindliche Regelungsvorgaben[32]. Sie bleiben damit ausschließlich der Entscheidungsbefugnis der nationalen Gesetzgeber überantwortet, werden also auf absehbare Zeit nicht vereinheitlicht. Hierin liegt eine merkwürdige Diskrepanz zum Leitbild eines verbesserten Zugangs zum Recht, der insgesamt durch die Verfahren der konsensualen Streitbeilegung erreicht werden sollte. Letztlich verbleiben manche Zweifel, welcher Wert diesen Erwägungsgründen beizumessen ist. Offenbar verfolgte die Kommission auch andere Ziele, wie den schnellen Zugriff auf ein von den nationalen Gesetzgebern noch weitgehend unreglementierten Bereich. Immerhin stellt aber die Mediation das prominenteste der Streitbeilegungsverfahren dar. Im Ergebnis mag aber diese Selbstbeschränkung als berechtigt angesehen werden, um die Regelungsstruktur einfach zu halten.

Unabhängig von seiner Bezeichnung beinhaltet die Mediation ein strukturiertes Verfahren, in dem zwei oder mehr Streitparteien mithilfe eines Mediators oder mehrerer Mediatoren auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen, Art. 3 lit. a) I MediationsRL.

---

29 *Risse/Wagner*, Handbuch der Mediation, 2. Auflage, § 23 Rdnrn. 97 f., 105 f.
30 *Wagner/Thole,* in Festschr. f. Kropholler, S. 915 ff. (917).
31 *Eidenmüller/Prause,* NJW 2008, 2737 (2739).
32 Vgl. Erwägungsgrund 11.

Dieser autonom verwendete Begriff der Richtlinie ist in den nationalen Regelungen anzuwenden. Er wird allerdings keine einengende Wirkung besitzen, weil die Richtlinie und andere europäische Rechtsakte den Zugang zur alternativen Streitbeilegung nicht erschweren wollen. Damit kann eine kostengünstigere und nachhaltigere Lösung für Konflikte gegenüber einem Gerichtsverfahren erreicht werden. Die besondere Qualität des Verfahrensergebnisses gegenüber einem Gerichtsurteil resultiert aus den Prinzipien der Freiwilligkeit und Lösungsorientierung. Diese gewährleisten, dass die gefundenen Konfliktlösungen von den Parteien nachhaltig anerkannt werden. In diesem Rahmen bietet die Mediation dadurch die Möglichkeit, eine dauerhafte Befriedung der gesamten persönlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen der Konfliktparteien gemeinschaftlich zu erarbeiten, die über den einzelnen, möglicherweise konkret für den Streit Anlass gebenden Streitgegenstand hinausgeht.

Dabei sollen die Parteien selbst für das Verfahren verantwortlich sein und es nach ihrer eigenen Vorstellung organisieren und jederzeit beenden können[33]. Auf einem schmalen Grat bewegt sich die Richtlinie, soweit sie eine Mediation auch dann annimmt, wenn das Verfahren richterlich angeordnet oder nach dem Recht des Mitgliedstaates vorgeschrieben ist, Art. 3 lit. a) I 2 Alt. 3 und 4 MediationsRL, s.a. Art. 5 II Alt. 1 MediationsRL, was mit dem Freiwilligkeitspostulat nur begrenzt vereinbar erscheint. Falls darin nicht nur ein Vorschlagsrecht zu sehen ist, muss eine ernsthafte und risikolose Ausstiegsoption der Parteien gesichert sein.

Kennzeichnend ist gleichermaßen die gegenüber Vertragsverhandlungen unterscheidungskräftige Einschaltung eines Dritten, wie dessen fehlende Entscheidungskompetenz. Gewährleistet werden die überkommenen Grundsätze der Interdisziplinarität und der Methodenfreiheit[34], denn es werden vor allem einige verfahrensrechtliche Außenverhältnisse der Mediation normiert. Mit dem Außenverhältnis sind vor allem die Wirkungen der Mediation für das Gerichtsverfahren gemeint.

Eine umfassendere Regelung der Mediation erfolgt dagegen nicht und ist wohl auch nicht gewollt. Unberührt bleibt etwa das Rechtsverhältnis zwischen Mediator und Medianten. Besonders auffällig ist die Abstinenz der Richtlinie gegenüber dem Innenverhältnis zwischen der laufenden Mediation und dem Gerichtsverfahren. Über die innerprozessuale Einordnung der Mediation, also die Anwendung verfahrensrechtlicher Regelungen auf die Mediation, und die Stellung des Richters

33 Erwägungsgrund 13.

34 *Greger/Unberath-Oehlerking*, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, S. 56.

als Mediator schweigt sich die Richtlinie fast vollständig aus. Hier stößt der Richtliniengeber an die Grenzen seiner Regelungskompetenz. Infolgedessen stellt die Richtlinie einen zwischen Anspruch und Wirklichkeit gefangenen Torso dar.

2. Anwendungsbereich

Die Richtlinie enthält Vorgaben für die Mediation bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen, Art. 1 II 1 HS 1 MediationsRL. Sachlich lehnt sich diese Anwendungsbestimmung an die üblichen Formulierungen aus Art. 1 I EUGVVO, Art. 2 I EuMVVO, Art. 2 I EuVTVO an, doch ist sie teils weiter, weil die Bereichsausnahmen des Art. 1 II EUGVVO, Art. 2 II EuMVVO, Art. 2 II EuVTVO nicht übernommen sind, teils enger, weil eigene Einschränkungen formuliert sind. Dennoch können aus den vergleichbaren Normen Auslegungsrichtlinien entnommen werden. Ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgenommen sind nach Art. 1 II 1 Hs. 2 MediationsRL Streitigkeiten über Rechte und Pflichten, über welche die Parteien nicht verfügen können, beispielsweise in Familien- oder Arbeitssachen. In den Grenzen der autonomen Auslegung der Richtlinie liegt es nahe, insoweit eine Parallele zur Doktrin des § 779 BGB zu ziehen[35]. Ein Eingriff in den Schutzbereich von § 4 Abs. 4 TVG, wonach ein Verzicht auf entstandene tarifvertragliche Rechte nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich zulässig ist, erscheint damit ausgeschlossen. Nicht für eine Mediation vorgesehen sind nach Art. 1 II 2 MediationsRL Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungs- und staathaftungsrechtliche Angelegenheiten.

Offen bleibt aber, ob und gegebenenfalls inwieweit die Richtlinie auf grenzüberschreitende Insolvenzverfahren zu erstrecken ist. Anders als bei den üblichen Bereichsausnahmen sind Insolvenzverfahren nicht von vornherein vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. Hieraus wird auf eine selbstverständliche Geltung der Mediationsrichtlinie für insolvenzrechtliche Verfahren geschlossen[36]. Obwohl der rechtssystematische Ausgangspunkt zutreffend bezeichnet ist, wird die Aussage in ihrer Allgemeinheit den besonderen Anforderungen einer Insolvenz nicht vollständig gerecht.

Europäische Insolvenzverfahren werden vorrangig durch die EuInsVO koordiniert. Für das anwendbare Recht verweist Art. 4 I EuInsVO grundsätzlich auf den

[35] *Eidenmüller/Prause* ,NJW 2008, 2737 (2740).

[36] *Wagner/Thole,* (o. Fußn. 25), S. 915 ff. (920); *Eidenmüller/Prause,* NJW 2008, 2737 (2739).

Staat der Verfahrenseröffnung. Über diese Anwendungsbestimmung könnten auch die im nationalen Verfahrensrecht inkorporierten Mediationsregeln heranzuziehen sein. Im deutschen Insolvenzrecht sieht § 4 InsO allerdings nur eine entsprechende Anwendung der zivilprozessualen Vorschriften vor. Wegen des eilbedürftigen Charakters des Insolvenzverfahrens können die Mediationsvorschriften regelmäßig und vor allem im besonders unter Zeitdruck stehenden Eröffnungsverfahren nicht entsprechend angewendet werden. Dies steht freilich einer Heranziehung mediativer Techniken, etwa in den Planverfahren nicht im Wege. Soweit Annexprozesse, wie etwa Anfechtungsverfahren, den allgemeinen zivilprozessualen Regeln unterliegen, gelten für die Mediation keine Besonderheiten.

Erfasst wird die unabhängig von einem Gerichtsverfahren, die während eines Gerichtsverfahrens außerhalb des Gerichts und die während eines Gerichtsverfahrens innerhalb des Gerichts von einem nicht streitentscheidenden Richter durchgeführte Mediation, Art. 3 lit. a) I 2, II MediationsRL.

Eine grenzüberschreitende Streitigkeit liegt vor, wenn mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem der anderen Parteien hat, Art. 2 I MediationsRL. Angelehnt ist diese Formulierung an Art. 3 I EuMVVO. Innerstaatliche Sachverhalte werden nicht erfasst, doch werden entsprechende innerstaatliche Regelungen positiv bewertet[37]. Als maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung ist vor allem auf den Abschluss der Parteivereinbarung über die Mediation oder die gerichtliche Anordnung beziehungsweise die sonstigen in Art. 2 I lit c) und d) MediationsRL genannten Umstände abzustellen. Der Wohnsitz ist gemäß Art. 2 III MediationsRL nach Art. 59, 60 EuGVVO zu bestimmen. Bei juristischen Personen ist auf den Ort ihres satzungsmäßigen Sitzes, ihrer Hauptverwaltung oder ihrer Hauptniederlassung abzustellen, Art. 2 III MediationsRL i.V.m. Art. 60 EuGVVO.

3. Die drei großen V: Vollstreckbarkeit, Vertraulichkeit und Verjährung

Zentrale Regelungsfelder bilden die Vollstreckbarkeit des Verfahrensergebnisses, Regelungen zum Schutz der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens, sowie die Hemmung der Verjährung während eines Mediationsverfahrens.

---

37 Erwägungsgrund 8.

Ein besonderes Anliegen der Richtlinie ist die Vollstreckbarkeit des Mediationsergebnisses, die zweistufig geregelt ist. Die Mitgliedstaaten haben danach sicherzustellen, dass die Mediationsparteien einvernehmlich die Vollstreckbarkeit einer erzielten schriftlichen Vereinbarung erreichen können. Die Hürden für eine übereinstimmende Handlung liegen durchaus hoch, denn entweder müssen beide Parteien die Vollstreckbarkeit beantragen oder eine Seite muss dies mit ausdrücklicher Zustimmung der andere Seite tun. Ist der Inhalt der Vereinbarung in einem Mitgliedstaat vollstreckbar, soll sie nach Europäischem oder nationalem Recht in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden, Art. 6 MediationsRL. Als europäische Rechtsgrundlagen kommen etwa die EUGVVO oder die Brüssel IIa-Verordnung in Betracht.

Zum Schutz der Vertraulichkeit sollen die Mitgliedstaaten nach Art. 7 MediationsRL gewährleisten, dass weder die Mediatoren noch die in das Mediationsverfahren eingebundenen Personen über das Mediationsverfahren aussagen müssen. Ausnahmen können zum Schutz des *ordre public* bestimmt werden und zwar insbesondere zum Schutz des Kindeswohls oder um eine psychische oder physische Beeinträchtigung der Integrität einer Person zu verhindern. Auch können die Parteien Abweichendes vereinbaren. Zulässig ist Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung außerdem, soweit dies zu ihrer Umsetzung oder Vollstreckung erforderlich ist. Diese Verpflichtung richtet sich primär an die staatlichen Instanzen in einem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren. Damit erscheint die Reichweite der Regelung durchaus limitiert, denn eine Verschwiegenheitspflicht ist damit nicht verbunden[38]. So bleibt es weiterhin Gegenstand der abzuschließenden Mediationsvereinbarungen, eine solche Verschwiegenheitspflicht zu begründen.

Schließlich soll eine drohende Verjährung die Partei nicht an einer Mediation hindern, Art. 8 MediationsRL. Für diesen Schutz vor einer Verjährung darf es keine Rolle spielen, ob noch kein Gerichtsverfahren eingeleitet wurde oder ob in einem Prozess eine außergerichtliche oder eine richterliche Mediation erfolgt. Erforderlich ist eine rechtssichere Festlegung des beginnenden und des endenden Verjährungsschutzes.

---

38 *Sujecki,* EuZW 2010, 7 (10).

4. Qualitätssicherung

Überaus vorsichtig fällt die Regelung des Art. 4 MediationsRL aus, mit der die Qualität der Mediation sichergestellt werden soll. Den Mitgliedstaaten obliegen danach zwei Aufgaben. Zum einen sollen sie die Entwicklung und Einhaltung von freiwilligen Verhaltenskodizes durch Mediatoren und Organisationen, die Mediationsdienste erbringen, sowie andere wirksame Verfahren zur Qualitätskontrolle fördern. Zum Andern sollen sie die Aus- und Fortbildung von Mediatoren fördern, damit diese unparteiisch und sachkundig tätig werden. Weder sind konkrete Berufspflichten der Mediatoren normiert noch werden haftungsbewehrte Sorgfaltsstandards vorgeschrieben. Wegen des appellativen Charakters der Bestimmung bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, wie sie diese Regelung umsetzen wollen.

IV. Problemfelder der deutschen Ausgangssituation

1. Berufsrechtliche Regelungen

Ein besonderes Berufsrecht des Mediators existiert derzeit nicht. Eine erste Bindung folgt aus dem Rechtsdienstleistungsrecht. § 2 III Nr. 4 RDG stellt klar, dass Mediation keine Rechtsdienstleistung ist, sofern die Tätigkeit nicht durch rechtliche Regelungsvorschläge in die Gespräche der Parteien eingreift. Unbedenklich soll nach den in der Begründung des RegE zum MediationsG formulierten Vorstellungen sein, wenn der Mediator die rechtlichen und tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten darstellt. Als rechtsdienstleistende Nebentätigkeit i.S.v. § 5 RDG soll außerdem ein rechtlicher Regelungsvorschlag zulässig sein, der im Verhältnis zur Gesamtmediation nur einen Randbereich betrifft[39].

Mit den Modellannahmen zur Mediation stehen diese Schranken des RDG prinzipiell im Einklang. Bei den nicht juristisch ausgerichteten Grundberufen wird zwar eine präzisierende Grenzbestimmung erforderlich sein, doch stellt diese eine für jede Differenzierung zu bewältigende Aufgabenstellung dar. In der anwaltlichen Mediation müssen diese Schranken nach § 3 BRAO allerdings nicht beachtet werden. Schwieriger verhält es sich mit der gerichtsinternen richterlichen Mediation. Zum Rollenbild des Prozessrichters gehört nach § 278 I ZPO auch, das Verfahren durch Vorschläge zur gütlichen Streitbeilegung zu steuern. Dieses Rollenverständ-

[39] RegE, S. 24.

nis wird jedenfalls teilweise in das Mediationsverfahren übertragen. Unabhängig von einer Kompatibilität mit den Grundvorstellungen der Mediation, muss eine Antwort darauf gegeben werden, ob solche Einigungsvorschläge in der gerichtsinternen Mediation zulässig sind.

Die meisten Mediatoren arbeiten nicht hauptberuflich oder jedenfalls nicht ausschließlich als solche, sondern üben in erster Linie einen Grundberuf aus, zum Beispiel als Rechtsanwalt oder Psychotherapeut. Jeder Angehörige eines Quellberufs folgt somit den Regeln seines Berufsrechts bei der Durchführung des Mediationsverfahrens. Für Rechtsanwälte ist die Anwendbarkeit des anwaltlichen Berufsrechts auf die mediatorische Tätigkeit in § 18 BORA ausdrücklich geregelt[40].

Eine spezielle berufsrechtliche Regelung sollte in Niedersachsen mit dem Entwurf eines Gesetzes über die Einführung eines Mediations- und Gütestellengesetzes vom 17.4.2007 geschaffen werden[41]. Mit dem Gesetzentwurf sollten vor allem die fachliche Qualifikation und der Ausbildungsstandard der Mediatoren gesichert werden. Vorgesehen war für die Personen, welche die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen erfüllen, eine staatliche Zertifizierung. Anderen Personen, die über keinen entsprechenden Ausweis verfügen, sollte es allerdings nicht untersagt sein, als Mediatoren tätig zu werden. Insofern schuf der Gesetzentwurf manche Unsicherheiten. Das Gesetz ist nicht verabschiedet und zwischenzeitlich der Diskontinuität anheimgefallen.

2. Verfahrensdesign

a) Mediation in der Güteverhandlung gemäß § 278 II ZPO

Eine zentrale Herausforderung besteht bei der verfahrensrechtlichen Einbindung und Ausgestaltung der richterlichen Mediation. Nach § 278 II ZPO geht der mündlichen Verhandlung zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung voraus. Bei dieser können auch mediative Elemente und Techniken zum Einsatz kommen. Selbst wenn dies der Fall ist, handelt es sich aber nicht um eine Mediation, da das Verfahren von einem zur Streitentscheidung berufenen Richter durchgeführt wird. Durch die fehlende personelle Trennung zwischen dem streitentscheidenden und dem streitbeilegenden Richter werden

40 RegE, S. 21.
41 Nds. LT-Drs. 15/3708.

Entscheidungs- und Schlichtungsfunktion vermischt, wodurch die Gefahr positionsbezogenen Verhaltens der Parteien entsteht[42].

Wenn die Parteien befürchten müssen, dass Äußerungen in der Mediationsverhandlung bei späterem Scheitern der Mediation im anschließenden Gerichtsverfahren gegen sie verwendet werden, werden sie nicht zu einer mediationsähnlichen offenen Gesprächssituation bereit sein. Zudem ist § 278 II ZPO prinzipiell auf die einvernehmliche Beilegung des konkreten Rechtsstreits gerichtet. Die Parteien sollen hierdurch nicht zu einer grundlegenden Aufarbeitung ihres Konflikts und zur Entwicklung von Zukunftsperspektiven angehalten werden, wie dies für ein Mediationsverfahren typisch ist.

b) Güterichtermodell

Vor allem das bayerische Modellprojekt des Güterichters, aber auch etwa das Pilotprojekt der Thüringer Güterichter, knüpfen ebenfalls an die Güteverhandlung nach § 278 II ZPO an. Die Durchführung der Güteverhandlung wird jedoch auf einen anderen als den streitentscheidenden Richter übertragen. Bei diesen Projekten wird ein prozessnahes Konzept verwendet. Mediative Techniken sind sinnvoll, aber nicht notwendig, weswegen nicht von einer gerichtsinternen Mediation gesprochen werden kann. Der Streitrichter entscheidet, ob der Prozess für das Güteverfahren geeignet ist. Bejaht er dies, leitet er die Akten dem Güterichter zu. Der Güterichter holt die Zustimmung der Parteien zum Güteverfahren ein und versucht eine Einigung. Ist der Einigungsversuch erfolgt, wird der Vergleich protokolliert[43]. Der Güterichter in diesem Modell ist gesetzlicher Richter. Er darf Vergleiche protokollieren und während der Güteverhandlung ruht das Verfahren nicht.

Dieser Güterichter soll nach § 278 V 1 ZPO eingesetzt werden. Diese Vorschrift berechtigt das Gericht, die Parteien auf die Güteverhandlung vor einen ersuchten oder beauftragten Richter zu verweisen. Beauftragter Richter ist nach § 361 ZPO ein Mitglied des Prozessgerichts, das heißt des erkennenden Spruchkörpers[44]. Einen beauftragten Richter kann es daher nur bei Kollegialgerichten ohne einzel-

---

42 *Ahrens,* Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis, Tomus XLVIII (2007), 133 (146).

43 *Greger*, Abschlussbericht, S. 5.

44 Zöller/*Greger*, ZPO, 28. Aufl., § 361 Rdnr. 1.

richterliche Zuständigkeit, §§ 348, 348a ZPO, geben[45]. Ersuchter Richter ist der aufgrund eines Rechtshilfeersuchens für das Prozessgericht tätige Richter eines anderen Gerichts[46]. Eine Mediation im Rahmen einer Güteverhandlung vor dem beauftragten Richter ist zwar zulässig, aber ebenso ungeeignet wie eine Verhandlung vor dem erkennenden Richter nach § 278 II ZPO. Da er Teil des erkennenden Gerichts ist und somit eine personelle Trennung nicht existiert, werden Entscheidungs- und Schlichtungsfunktion vermischt[47].

Eine Trennung zwischen erkennendem Richter und dem in der Güteverhandlung mediierenden Richter lässt sich damit nur durch die Verweisung an einen ersuchten Richter erreichen. Die Verweisung an ein auswärtiges Streitgericht führt allerdings zu einem wesentlich höheren Aufwand an Transaktionskosten. Ob dies die Bereitschaft zu einer gütlichen Einigung erhöht, kann somit bezweifelt werden. Deshalb wird überlegt, wie beispielsweise im Rahmen des bayerischen Güterichterprojekts, § 362 ZPO eine andere Bedeutung beizumessen ist[48]. Als Gericht im Sinne des § 362 ZPO soll auch der einzelne Spruchkörper anzusehen sein[49].

Dieser Lösungsansatz berücksichtigt jedoch nicht, dass das Verfahrensergebnis unzureichend von der gerichtlichen Hauptverhandlung getrennt ist. Die Güteverhandlung stellt einen besonderen Verfahrensabschnitt des Hauptsacheverfahrens dar. Hinzu kommt, dass die Güteverhandlung als Teil des Hauptverfahrens gemäß § 169 GVG öffentlich stattzufinden hat. Der Schutz der Vertraulichkeit in der Mediation ist damit nicht gewährleistet. Zudem droht mit der Einschaltung des Güterichters ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 I 2 GG. Die Frage, ob ein Güterichter eingeschaltet wird, lässt sich nämlich nicht von vornherein abstrakt, das heißt geschäftsplanmäßig festlegen, sondern hängt von der Entscheidung des streitentscheidenden Richters ab[50].

---

45 *Musielak*, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 361 Rdnr. 3.

46 Zöller/*Greger*, ZPO, 28. Aufl., § 362 Rdnr. 1.

47 *Ahrens,* Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis, Tomus XLVIII (2007), 133 (146).

48 Vgl. die umfassende Darstellung aller Modellprojekte in Deutschland bei *von Bargen*, Gerichtsinterne Mediation, S. 70 ff.

49 Zöller/*Greger*, ZPO, 28. Aufl., § 278 Rdnr. 25; a.A. *Hess*, Gutachten 67. DJT 2008, F. 45; Musielak/*Foerste*, ZPO, 7. Aufl., § 278 Rdnr. 13.

50 *Ahrens,* Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis, Tomus XLVIII (2007), 133 (147); a.A. *Wimmer/Wimmer,* NJW 2007, 3243 (3246).

Letztlich kollidiert die veränderte Interpretation auch mit dem Verständnis der Rechtshilfe im Rahmen der §§ 156 ff. GVG[51]. Zur Rechtshilfe gehört auch die Beweisaufnahme durch den ersuchten Richter nach § 362 ZPO[52]. Für eine Rechtshilfe besteht allerdings gemäß § 157 GVG die ausschließliche sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts. Folgerichtig müsste in den landgerichtlichen Verfahren zwingend ein Richter eines Amtsgerichts als Güterichter ersucht werden. Demgegenüber wird für das Güterichtermodell bestritten, dass es sich um ein Rechtshilfeverfahren handelt. Vielmehr soll nur die Aufgabenverteilung zwischen Richtern unterschiedlicher Spruchkörper desselben Gerichts geregelt sein. Der Verweis auf § 362 ZPO sei nicht einschlägig und sinnwidrig[53]. Es bleibt allerdings ein erhebliches Unbehagen gegenüber dieser Argumentation bestehen. Terminologisch verweist der Begriff des ersuchten Richters auf das Rechtshilfeersuchen i.S. der §§ 156 ff. GVG. Systematisch wird durch die Modelldeutung die bisherige klare Konzeption des ersuchten Richters in zwei ganz unterschiedliche Zweige aufgespalten, das gerichtsverfassungsrechtlich normierte Rechtshilfeverfahren, das sich nicht allein auf die Beweisaufnahme nach § 362 ZPO beschränkt, und das Güteverfahren im Streitgericht. Funktional besteht dafür kein hinreichender Grund.

c) Außergerichtliche Streitschlichtung nach § 278 V 2 und 3 ZPO

§ 278 V 2 ZPO ermöglicht es dem Gericht, den Parteien in geeigneten Fällen eine außergerichtliche Streitschlichtung vorzuschlagen. Während der Dauer dieser Streitschlichtung ruht das Verfahren gemäß §§ 278 V 3, 251 ZPO. Nicht ausgeschlossen erscheint die Zustimmung einer Partei nur, weil der Richter im streitigen Verfahren die Mediation mit seiner Autorität vorgeschlagen hat oder weil die Partei sogar meinte, bei einer Ablehnung Nachteile befürchten zu müssen[54].

Das Gericht kann im Rahmen des § 278 V 2 ZPO sowohl eine Mediation durch eine gerichtsexterne Schlichtungsstelle als auch die richterliche Mediation mittels eines dem Gericht angehörenden, aber nicht zur Streitentscheidung berufenen Richters vorschlagen[55]. Der Terminus außergerichtlich in § 278 V 2 ZPO ist wie

---

[51] Einerseits Zöller/*Greger*, ZPO, 28. Aufl., § 362 Rdnr. 1, andererseits *ders.*, § 278 Rdnr. 1.
[52] Kissel/*Mayer*, GVG, 4. Aufl., § 156 Rdnr. 31.
[53] Zöller/*Greger*, ZPO, 28. Aufl., § 278 Rdnr. 25.
[54] *Wegener,* ZKM 2006, 140 (141); *von Bargen,* Gerichtliche Mediation, S. 20.
[55] *Koch,* NJW 2005, 97 (99).

außerprozessual zu verstehen[56], denn das ZPO-RG bezweckte, die gesetzlich bereitgestellten Verständigungsmöglichkeiten zu erweitern[57].

Wird eine Einigung erzielt, soll nach dem niedersächsischen Mediationsprojekt der mit der Mediation betraute Richter sogleich den Prozessvergleich zu Protokoll nehmen dürfen. Eine an sich erforderliche Protokollierung durch den streitentscheidenden Richter, die manche zeitlichen Belastungen und sachlichen Risiken birgt, soll damit vermieden werden. Begründet wird dies mit einer Analogie zu den §§ 278 V 1, 362 ZPO. Dazu erlässt der streitentscheidende Richter vor Beginn der Mediation einen Beschluss. In diesem wird der mit der Mediation betraute Richter ersucht, auf Wunsch der Parteien nach Beendigung der Mediation das Verfahren aufzunehmen und eine Güteverhandlung einschließlich der Protokollierung eines abzuschließenden Vergleichs durchzuführen[58]. Ob die Analogie tragfähig ist, mag bezweifelt werden. Hat sich der Richter aufgrund seines Auswahlermessens für den Weg des § 278 V 2 ZPO entschieden, lehnt er gerade die Variante des § 278 V 1 ZPO ab. Außerdem stehen diesem Modell dieselben Bedenken wie dem bayerischen Güterichtermodell entgegen[59].

3. Richterliche Aufgaben

Nach Art. 101 I 2 GG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Das verfassungsrechtliche Gebot des gesetzlichen Richters verlangt, den im Streitfall zuständigen Richter im Voraus nach abstrakten Merkmalen zu bestimmen[60]. Dieses Gebot gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für jede Art staatlicher Gerichtsbarkeit und für jede den Gerichten übertragene Aufgabe, insbesondere auch für sonstige mit der Rechtsprechung sachlich zusammenhängenden richterlichen Aufgaben[61]. Allerdings bestehen berechtigte Zweifel, ob die richterliche Mediation als Rechtsprechung angesehen werden kann[62]. Weder der funktionelle Rechtsprechungsbegriff, der auf eine letztverbind-

---

56 *Ahrens,* Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis, Tomus XLVIII (2007), 133 (148); a. A. *von Bargen,* Gerichtliche Mediation, S. 242.

57 BT-Drs. 14/4722, S. 83 f.

58 OLG Celle NJW 2009, 1219; *Spindler,* Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 41 f.; *Volkmann,* Mediation im Zivilprozess, S. 79 f.

59 *Ahrens,* Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis, Tomus XLVIII (2007), 133 (151).

60 *BVerfGE* 22, 254 (258).

61 *BVerfGE* 4, 412 (417).

62 *Greger,* ZRP 2010, 209 (211).

liche, rechtskraftfähige Entscheidung abstellt[63], noch die Ausrichtung auf materielle Rechtsprechungsaufgaben[64] schließen die Mediation ein. Selbst wenn man also die richterliche Mediation nicht als Rechtsprechungs-, sondern als andere Aufgabe ansieht, die aufgrund eines Gesetzes Richtern zugewiesen wird, dürfte dennoch Art. 101 I 2 GG anwendbar sein[65]. Dies resultiert aus dem engen sachlichen Zusammenhang der richterlichen Mediation mit der richterlichen Tätigkeit. Den Richtern ist diese Aufgabe nämlich gerade wegen ihrer Neutralität und Unabhängigkeit übertragen[66].

Zusätzlich unterliegt der richterliche Mediator der Gesetzesbindung aus Art. 97 I GG. Diese Verfassungsbestimmung gilt für alle spezifisch richterlichen Tätigkeiten[67]. Auch wenn der mediierende Richter nicht an sämtliche Vorschriften der ZPO gebunden ist, werden doch essenzielle Verfahrensprinzipien heranzuziehen sein. Dazu sollen etwa die §§ 41 ff. ZPO gehören, welche die strikte Neutralität des Richters sichern[68]. Unter dem Freiwilligkeitspostulat der Mediation wird hier eine differenzierte Handhabung geboten sein. Die Ausschlussgründe aus § 41 ZPO werden auch für den Richtermediator gelten müssen und von diesem aufzudecken sein. Auf ein förmliches Ablehnungsverfahren, wie in den §§ 43 ff. ZPO geregelt, kann es dagegen bei einer Mediation nicht ankommen.

Ob und inwieweit auch § 139 II ZPO anwendbar sein kann, erscheint durchaus zweifelhaft. Die Vorschrift dient der Vermeidung von Überraschungsentscheidungen und konkretisiert damit den Anspruch auf rechtliches Gehör im kontradiktorischen Verfahren[69]. Es wäre freilich verkürzt, diese Grundlagenvorschrift des deutschen Zivilprozesses allein mangels einer Entscheidungsbefugnis des Richtermediators auszuschließen. Gerade diese Norm bildete einen möglichen Haltepunkt der richterlichen Gesetzesbindung. Wegen der unterschiedlichen Maßstäbe zwischen den normierten Anforderungen an den prozessleitenden Richter und dem Leitbild des Mediators ist eine Koordination nicht ohne Weiteres möglich. Hier muss eine sorgfältige Grenzbestimmung erfolgen.

[63] *BVerfG* NJW 2001, 1048 (1052).
[64] Dreier/*Schulze-Fielitz*, GG, 2. Aufl., Art. 92 Rdnrn. 33 ff.
[65] *Wimmer/Wimmer,* NJW 2007, 3243 (3246).
[66] *von Bargen,* Gerichtliche Mediation, S. 289.
[67] *Schmidt-Räntsch,* DRiG, § 25 Rdnr. 7; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Stark*, Art. 97 Rdnr. 4.
[68] *Hess*, Gutachten 67. DJT 2008, F. 24.
[69] Vgl. *BVerfG* NJW 1991, 2823 (2824).

V. Der Entwurf der Transformationsgesetzgebung

1. Ausrichtung

Wie durch die begrenzte europäische Normsetzungskompetenz vorgegeben, ist der Anwendungsbereich der MediationsRL auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt. Inhaltlich angemessen zieht sich die deutsche Transformationsgesetzgebung nicht auf diesen immer noch engen Anwendungsbereich zurück und verhindert so eine zergliederte Verfahrenslandschaft[70]. Geregelt werden gerade auch die innerstaatlichen Sachverhalte, weswegen die Richtlinie die gewünschte, aber nicht verbindlich durchsetzbare nationale Breitenwirkung erreicht. Diesem umfassenden Bezugspunkt entsprechend nimmt der Gesetzgeber nicht nur die außergerichtliche, gerichtsnahe und richterliche Mediation, sondern auch andere Formen der alternativen Streitbeilegung in den Blick.

2. Mediationsgesetz

a) Berufsrecht

Der Regierungsentwurf eines Mediationsgesetzes (RegE-MediationsG) behält die in der MediationsRL verankerte, flache berufsrechtliche Regelung bei. Es bleibt bei dem vorrangig an den Grundberufen und nur ergänzend am Betätigungsfeld des Mediators ausgerichteten Berufsbild.

Nach § 5 RegE-MediationsG muss der Mediator in eigener Verantwortung durch eine angemessene Aus- und regelmäßige Fortbildung sicherstellen, wie er die Mediation in sachkundiger Weise durchführen kann. Gegenüber dem Referentenentwurf ist das Anforderungsprofil präzisiert und vorsichtig gesteigert worden, denn vom Mediator werden jetzt sowohl theoretische Kenntnisse als auch praktische Erfahrungen verlangt. Auf ein Zulassungssystem, wie es beispielsweise in Österreich besteht[71], hat der Entwurf dagegen mit guten Gründen verzichtet. Vermieden wird so eine unnötige Bürokratisierung. Die Regulierung der Ausbildungsstandards des Mediators bleibt damit dem freien Markt überlassen. Tatsächlich besteht bislang in Deutschland eine zersplitterte Ausbildungslandschaft, in der sich einheitliche Standards noch nicht durchgesetzt haben[72]. Für die Ausrichtung

---

70 *Graf-Schlicker,* ZKM 2009, 83 (84).

71 Dazu *Pitkowitz,* SchiedsVZ 2005, 81 f.; *Hopt/Steffek*, Mediation, S. 66; *Pruckner,* S. 55 ff.

72 *Tögel/Rohlf,* ZKM 2010, 86 (87 f.).

in der Mediation wird daher auf die in den Grundberufen erworbenen Kompetenzen abzustellen sein. Bei den zu entwickelnden Qualifikationsstandards wird deswegen dem Haftungsrecht eine federführende Rolle zukommen.

Außerdem hat der Mediator die Parteien auf deren Verlangen über seinen fachlichen Hintergrund, seine Ausbildung und seine Erfahrung auf dem Gebiet der Mediation zu informieren, § 3 V RegE-MediationsG. Die Wahl der Mittel, wie diese Informationen zu erbringen sind, überantwortet der Entwurf dem Mediator. Geschaffen wird damit eine atypische Berufspflicht, die weder in den mediationsnahen Grundberufen noch sonst üblich ist. Durch diese Informationspflicht sollen die fehlenden Berufszulassungsprüfungen kompensiert werden. Ob sie dazu geeignet ist, schon weil sie nur auf Verlangen besteht, erscheint mehr als fraglich. Zumindest erscheint der Plural „auf deren Verlangen" verfehlt, denn es sollte bereits der einseitige Wunsch einer Partei genügen. Diese Vorgaben an den Mediator dürften praktisch nur geringe Bedeutung erlangen[73], zumal das Mediationsgesetz keine Instrumente zur Effektivierung bereitstellt. Eine haftungsrechtliche Steuerung bleibt letztlich möglich, wirkt aber zu ungenau.

b) Neutralität

Der Mediator ist nach § 1 II RegE-MediationsG eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, welche die Parteien durch die Mediation führt. Er ist allen Parteien gleichermaßen verpflichtet, § 2 III 1 RegE-MediationsG. Das Gesetz formuliert an dieser Stelle das Leitbild des neutralen Mediators, der im Interesse eines fairen Verfahrens beiden Parteien gleichermaßen verpflichtet ist.

Die gesetzliche Definition des Mediators in § 1 II RegE-MediationsG ist hinreichend offen, um unterschiedliche Herangehensweisen und Verfahrensformen zu ermöglichen. So besteht ausreichender Raum um die bisherigen Konzepte anzuwenden oder neue praxistaugliche Modelle zu entwickeln. Unabhängig von anderen Schranken, etwa aus dem RDG, verwehrt jedenfalls diese Vorschrift dem Mediator nicht, eigene Regelungsvorschläge zu unterbreiten.

Nach § 2 III 3 RegE-MediationsG kann der Mediator mit den Parteien getrennte Gespräche führen, wenn er dies für zweckmäßig erachtet. Mit dieser Regelung

[73] Positiver die Einschätzung von *Greger,* ZRP 2010, 209 (210).

wird eine umstrittene Frage des Mediationsrechts gesetzlich zugunsten der Möglichkeit von Einzelgesprächen gelöst, dem sogenannten *Caucussing*[74]. Dieses aus dem Bereich der Wirtschaftsmediation stammende Verfahren bietet Vorteile, wenn sich die Parteien schwer tun, in einer gemeinsamen Mediationssitzung Informationen zu offenbaren. Gerade die Möglichkeit von Einzelgesprächen bildet einen maßgeblichen Unterschied zum konventionellen gerichtlichen Verfahren[75].

Diese Bestimmung berührt zentrale Prinzipien des Mediationsverfahrens. Betroffen ist das Prinzip der Informiertheit, wonach die Parteien über alle den Streit betreffenden und damit erheblichen Tatsachen ebenso wie über die Rechtslage umfassend und ausgeglichen informiert sein müssen[76]. Nur bei einem Informationsstand auf gleichem Niveau sind die Parteien imstande, faire Verhandlungen zu führen. Außerdem greift die Vorschrift in den Vertrauensgrundsatz ein, zumal das Vertrauen in die Neutralität des Mediators erschüttert werden kann. Notwendig ist in jedem Fall ein Einverständnis der Parteien. Nachdem § 2 II 3 RefE-Mediationsgesetz allein auf die Einschätzung des Mediators abgestellt hat, verlangt § 2 III 3 RegE-Mediationsgesetz ein allseitiges Einverständnis, wie es etwa das französische Recht vorsieht[77]. Offen bleibt dabei, ob das Einverständnis bindend ist oder ob es widerrufen werden kann. Als Konsequenz des Freiwilligkeitsgrundsatzes darf die Mediation jederzeit beendet werden, § 2 V RegE-Mediationsgesetz. Das *argumentum a maiore ad minus* berechtigt nicht nur dazu, die eigene Beteiligung an Einzelgesprächen jederzeit zu verweigern, sondern auch das Caucussing insgesamt einseitig zu beenden.

Mit einer Einverständniserklärung der Parteien kann auch eine sonst bei der richterlichen Mediation drohende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 101 I GG ausgeschlossen werden. Dieser Anspruch besteht in jedem Verfahren vor staatlichen Gerichten, soweit die rechtsprechende Gewalt den Richtern zugewiesen ist. Soweit die Mediation als Rechtsprechungsaufgabe angesehen wird, wird eine Einverständniserklärung der Parteien zwingend einzuholen sein.

---

[74] Vgl. *Risse*, NJW 2000, 1614 (1616).
[75] *von Bargen*, Gerichtliche Mediation, S. 38.
[76] *von Bargen*, Gerichtliche Mediation, S. 35.
[77] *Hopt/Steffek,* Mediation, S. 53.

c) Ergebnisbeurteilung

An den Grundfesten der Mediation rührte die in § 2 IV RefE-MediationsG vorgesehene Ergebniskontrolle. Nach dieser Vorschrift sollte sich der Mediator bei einer Einigung der Mediationsparteien darüber vergewissern, ob diese die Vereinbarung in voller Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen. Im Gegensatz zum Leitbild des Mediators als neutralem Begleiter der im Übrigen autonomen Parteien sollten dem Mediator mit § 2 IV RefE-MediationsG umfassende Kontrollaufgaben überantwortet werden. Verändert wäre damit die innere Justierung des Mediationsverfahrens, denn der Mediator könnte diese Überprüfungsaufgaben nur erfüllen, wenn er selbst hinreichend informiert ist, also in der Mediation eine entsprechende Sachaufklärung erfolgt wäre. Zugleich hätte sich die Balance zwischen den Verfahrenspositionen und Verhandlungsergebnissen verschoben, wodurch eine Intervention in die Gefahr einer einseitigen Parteinahme geraten wäre.

Dabei wären dem Mediator Aufgaben übertragen, die sogar noch über die eines streitentscheidenden Richters im kontradiktorischen Verfahren hinausgehen. Nach § 139 II 2 ZPO darf der streitentscheidende Richter seine Entscheidung nur auf einen von der Partei erkennbar übersehenen rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt stützen, wenn er die Partei zuvor darauf hingewiesen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. § 2 IV RefE-MediationsG sollte hinsichtlich der Kenntnis der Sachlage sogar noch weiter gehende Anforderungen stellen. Unabhängig davon, ob ein Punkt erkennbar übersehen wurde, hätte sich der Mediator vergewissern müssen, inwieweit die Parteien die Vereinbarung in voller Kenntnis der Sachlage treffen. Eine in jedem Fall durchzuführende umfassende sachliche Ergebniskontrolle, wie § 2 IV RefE-MediationsG sie vorsah, hätte deswegen an der Verfahrensautonomie der Parteien sowie der Neutralität des Mediators gerührt. Eine Sachkontrolle setzt zudem einen Normbezug voraus, den juristisch nicht gebildete Mediatoren nicht verlässlich herstellen können.

Mit diesem kaum zu bewältigen und im Konflikt mit den Mediationsgrundlagen stehenden Aufgabenprofil aus dem RefE zum Mediationsgesetz bricht der RegE. Die jetzt in § 2 VI 1 RegE-MediationsG vorgesehene Regelung verpflichtet den Mediator nur noch darauf hinzuwirken, dass die Parteien die Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen. Immer noch verlangt aber die Norm vom Mediator eine umfassende Tatsachenkenntnis. Wenn der Mediator auf eine in Kenntnis der Sachlage geschlossene Vereinbarung hinwirken soll, muss er die tatsächliche Situation beurteilen können.

Erklären sich die Parteien nur unvollständig über die maßgeblichen Tatsachen, muss der Mediator bereits im Verfahren darauf hinwirken, dass unzureichende Angaben ergänzt werden. Unabhängig von einer möglichen Kollision mit dem Rollenbild des Mediators ist dieser allein auf sein Verhandlungsgeschick beschränkt, um die Parteien zu einer ausführlichen Stellungnahme zu veranlassen. Allerdings muss der Mediator nur auf eine Einigung in Kenntnis der Sachlage hinwirken. Diese in § 139 I 2 ZPO übereinstimmend verwendete Formulierung senkt das Anforderungsprofil an den Mediator. Letztlich wird hier sein methoden- und rollenkonformes Bemühen um Sachverhaltsangaben genügen. Wie der Mediator in einem nachfolgenden Konflikt sein pflichtgemäßes Handeln nachweisen kann, bleibt an dieser Stelle folgerichtig offen.

In einer Spannungslage nicht nur zu diesen reduzierten Anforderungen, sondern auch zu Grundlagen der Mediation stehen freilich die weiteren Aufgaben des Mediators. Während sich der Mediator nach § 2 IV RefE-MediationsG vergewissern musste, ob die Parteien den Inhalt ihrer Vereinbarung verstehen, muss er gemäß § 2 VI 1 RegE-Mediationsgesetz darauf hinwirken, dass die Parteien den Inhalt ihrer Vereinbarung verstehen. Eine erhebliche Unschärfe weist der Bezug auf den Inhalt der Vereinbarung aus. Verkürzt wäre es, darunter allein die kognitive Erfassung der Abrede zu verstehen. Wenn, wie üblich, die Einigung auch rechtliche Konsequenzen entfaltet, ist es jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, die Verpflichtung auch auf die juristische Einordnung zu beziehen.

In dieser Gestalt weist die Verpflichtung des Mediators noch über das Profil der materiellen Prozessleitung hinaus. Vom streitentscheidenden Richter wird ein offenes Rechtsgespräch verlangt[78], dessen Konturen wesentlich weicher sind als die den Mediator treffende Verpflichtung. In diesem Gespräch sollen auch die Parteien ihren Rechtsstandpunkt erläutern können[79]. Demgegenüber ist § 2 VI 1 RegE-MediationsG auf den Mediator fokussiert. Selbst wenn er nur auf ein Verständnis der Parteien hinwirken soll, muss er doch eine aktive Rolle übernehmen. Ähnliches gilt auch bei der Vermittlung der tatsächlichen Grundlagen der Einigung. Ob diese Funktion mit der dem RefE unterlegten konzeptionellen Stellung des Mediators im Einklang steht, erscheint zweifelhaft. Nach der Lehre von der aktiven Mediation, die in der Literatur überwiegend vertreten wird[80], achtet der Mediator lediglich auf ein rechtlich haltbares Ergebnis. Er kann darüber hinaus

---

78 Prütting/Gehrlein/*Prütting*, 2. Aufl., § 139 Rdnr. 5.

79 Stein/Jonas/*Leipold,* ZPO, 22. Aufl., § 139 Rdnr. 19.

80 *von Schlieffen/Ponschab/Rüssel/Harms,* Mediation und Streitbeilegung, S. 26 m.w.N.; *von Schlieffen,* ZKM 2000, 53 f.; *von Bargen,* Gerichtliche Mediation, S. 28.

auch auf evident ungerechte Ergebnisse hinweisen und einer Partei unterstützend zur Seite stehen, um ein Machtungleichgewicht zwischen den Parteien zu kompensieren[81]. Zudem intensivieren sich die Kollisionspunkte mit dem RDG.

Sollte sich dieses Anforderungsprofil durchsetzen, wofür Vieles spricht, werden vom Mediator weitreichende juristische Kenntnisse verlangt. Angehörige nicht juristischer Berufsgruppen werden dabei schnell an ihre Grenzen stoßen. Von diesen Pflichten wird der Mediator auch nicht durch den Hinweis auf eine externe Beratung entbunden, den § 2 VI 2 RegE-MediationsG vorsieht. Deren Notwendigkeit wird oft erst dann erkannt werden, wenn ein Gespür für die rechtlichen Dimensionen der Abrede geschaffen worden ist.

d) Vertraulichkeit

Dem von Art. 7 I der MediationsRL verlangten Schutz vor einer Aussagepflicht trägt § 383 I Nr. 6 ZPO hinreichend Rechnung. Richter, Rechtsanwälte und Notare, aber auch gewerblich tätige Mediatoren[82] sind vor einem Aussagezwang geschützt. Für Gelegenheitsmediatoren wird teilweise eine gesetzliche Erstreckung für erforderlich gehalten[83], doch handelt es sich auch bei ihnen um Funktionsträger, denen geheimhaltungsbedürftige Tatsachen anvertraut werden. Diese Personen sind jedenfalls nicht gezwungen, vor Gericht auszusagen. Ein Transformationsbedarf besteht hier deswegen nicht.

Über den Gegenstandsbereich von Art. 7 I MediationsRL hinaus statuiert § 4 RegE-MediationsG eine allgemeine Verschwiegenheitspflicht für Mediatoren jeglicher Berufszugehörigkeit. Damit trifft der deutsche Transformationsgesetzgeber eine nicht von der MediationsRL verlangte, aber sachlich unbedingt gebotene Regelung. Die Pflicht bezieht sich auf Informationen, die dem Mediator in Ausübung seiner Tätigkeit bekannt geworden sind. Diese Pflicht wird auf die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen erstreckt. Gemeint sind damit die Hilfspersonen des Mediators, wie Bürokräfte und berufliche Gehilfen[84]. Eingeschränkt wird diese Geheimhaltungspflicht durch § 4 S. 3 RegE-MediationsG. Diese Ausnahmen beruhen auf Art. 7 I MediationsRL, sind dort

81 *Breidenbach,* Mediation, S. 174.
82 Zöller/*Greger*, 28. Aufl., § 383 Rdnrn. 19 f.
83 *Eidenmüller/Prause,* NJW 2008, 2737 (2741).
84 RegE, S. 26.

aber auf das Aussageverweigerungsrecht und nicht die Verschwiegenheitspflicht bezogen.

Die Verschwiegenheitspflicht des Mediators verhindert eine Aussage als Zeuge und nach den §§ 142 II, 144 II ZPO eine Vorlage von Urkunden, die der Mediator in Zusammenhang mit seiner Tätigkeit angefertigt hat[85]. Andere Informationen, etwa aus Urkunden der Medianten, sind nicht gesperrt. Die MediationsRL belässt es bei einer Initiative der Parteien zum Abschluss derartiger Vereinbarungen[86]. Um eine Vorlagepflicht in einem späteren Gerichtsprozess auszuschließen, bleibt daher eine vertragliche Vereinbarung der Parteien über die Vertraulichkeit erforderlich. Darin verpflichten sich die Parteien wechselseitig, die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens zu wahren und keine Tatsachen aus diesem Verfahren im Rahmen späterer Gerichtsverfahrens zu offenbaren und darüber hinaus keine Zeugen oder Urkunden als Beweismittel zu benennen, die aus dem Mediationsverfahren stammen[87].

3. Zivilgerichtliche Streitbeilegung und Mediationsverfahren

a) Grundlagen der gütlichen Streitbeilegung

Eine wichtige Gewährleistung übernimmt § 41 Nr. 7 RegE-ZPO. Danach ist der Richter in Sachen, in denen er an einer Mediation oder einer außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat, gesetzlich von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen. Diese Regelung sichert die für einen Mediationserfolg zentrale Trennung zwischen Mediations- und streitentscheidenden Richter. Offen bleibt, ob die Bestimmung des § 41 ZPO sinngemäß für den Mediationsrichter gelten soll. Dagegen sprechen allerdings die weiteren Regelungen, welche die Unterschiede zwischen einem Zivilverfahren und einer gerichtsinternen Mediation akzentuieren. Zwischen dem Mediations- und dem Prozessrichter wird ein deutlicher Kontrast geschaffen.

Um das Bewusstsein für die alternative Streitbeilegung zu verbessern, soll nach § 253 III E-ZPO jede Klageschrift die Angabe enthalten, ob der Klageerhebung ein Mediationsversuch oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Streitbeilegung vorausgegangen ist oder warum ein solcher Versuch unterlassen

85 *Wagner/Thole,* (o. Fußn. 25), S. 915 (937).
86 *Sujecki,* EuZW 2010, 7 (11).
87 *Probst,* JR 2009, 265 (267); *Eckardt/Dendorfer,* MDR 2001, 786 (787).

worden ist. Zu befürchten ist, dass diese Vorschrift als lästige Förmelei angesehen wird, weil die Äußerung unabhängig von der Eignung des Rechtsstreits für eine Mediation erfolgen soll. Aus einem Verstoß gegen die Soll-Vorschrift resultieren ohnehin keine prozessualen Nachteile.

b) Güterichter

Eine kleine, aber bedeutungsschwere Korrektur soll § 278 V 1 ZPO erfahren. Nach dem geplanten § 278 V RegE-ZPO, der RefE sah diese Änderung noch nicht vor, kann das Gericht die Parteien für die Güteverhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen. Damit sollen die Güterichtermodelle auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden. Sachdienlich ist der Güterichter berechtigt, einen Vergleich zu protokollieren und den Streitwert festzusetzen. Dennoch überwiegen die oben festgestellten Bedenken[88], denn der Güterichter soll nicht an das RegE-MediationsG gebunden sein. Infolgedessen wird die Vertraulichkeit nicht geschützt. Mag bislang auch die Zustimmung der Parteien zu diesem Verfahren eingeholt worden sein, so ist dies nach dem vorliegenden Gesetzesplan keine Voraussetzung, denn der Rechtsstreit wird an den Güterichter verwiesen. Auch wird der Termin vom Güterichter festgesetzt[89]. Obwohl die Güteverhandlung aus dem streitentscheidenden Gericht ausgelagert wird, verbleibt es letztlich bei einem hierarchisch geprägten Modell, in dem die Grundstimmung gegenüber dem Zivilprozess nur eingeschränkt verändert wird.

Auf die gerichtsverfassungsrechtliche Stellung des Güterichters wird nur kursorisch eingegangen. Ausdrücklich heißt es in der Begründung des Entwurfs, der Güterichter müsse zwingend demselben Gericht angehören wie der verweisende Richter[90]. Damit werden die Modellannahmen der Güterichterprojekte adaptiert, ohne eine eigenständige Lösung für die damit verbundenen Fragen zu offerieren[91]. Als auffälligste Folge wäre der systematische Bruch bei der Stellung des ersuchten Richters normativ verfestigt. Während die Güterrichterprojekte diese Friktion in Kauf nehmen mussten, um im Rahmen des bislang geltenden Rechts eine Lösung offerieren zu können, erscheint die Fortschreibung dieses Konstrukts in Gesetzesform wenig überzeugend. Soweit ein Güterichtermodell verfolgt wird, ist es sinnvoller, dafür einen selbständigen begrifflichen Ansatz zu entwickeln.

---

88 Sub IV. 2. b.

89 RegE, S. 32.

90 RegE, S. 32.

91 Dazu oben unter IV. 2. b.

Wird der Güterichter gesetzlich eingeführt, sind entsprechende gerichtsorganisatorische Maßnahmen zu treffen. Auch der Güterichter ist gesetzlicher Richter im verfassungsrechtlichen Sinn[92]. Da die Einschaltung eines Güterichters im Ermessen des streitentscheidenden Richters liegt, müssen künftig die Geschäftsverteilungspläne aller Zivilgerichte diese Form des Güteverfahrens regeln.

Auf den ersten Blick wird mit § 278 V RegE-ZPO ein weiterer Zugang zu einvernehmlichen Konfliktbeilegungsstrategien im Zivilprozess eröffnet. Neben die gerichtsnahe und die gerichtsinterne Mediation tritt das Güterichterverfahren. Letztlich wird damit aber kein gleichberechtigter, sondern ein prioritärer Verfahrensansatz geschaffen. Mit der bundesrechtlichen Regelung soll das Güterichterverfahren in allen Zivilprozessen eröffnet werden[93]. Eine Ausnahme ist nicht vorgesehen. Dagegen setzt eine gerichtsinterne Mediation nach § 15 RegE-GVG eine Zulassung durch eine landesrechtliche Regelung voraus. Wegen des stets möglichen Güterichterverfahrens werden wahrscheinlich manche Länder davon absehen, eine Rechtsverordnung zu erlassen. So ist das Güterichterverfahren in jedem Zivilprozess, die gerichtsinterne Mediation aber nur bei einer landesrechtlichen Zulassung eröffnet. So wird auch das gesetzliche Ziel unterlaufen, die Verfahren alternativer Streitbeilegung zu fördern.

c) Gerichtsnahe Mediation

Die bisherige Regelung in § 278 V 2 und 3 ZPO wird im Regierungsentwurf durch den neu geschaffenen § 278a RegE-ZPO ersetzt. Gemäß § 278a I 1 RegE-ZPO kann das Gericht den Parteien eine gerichtsnahe Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. Soweit landesrechtlich vorgesehen, kann das Gericht in geeigneten Fällen auch eine gerichtsinterne Mediation vorschlagen, § 278a I 2 RegE-ZPO. Damit löst der Regierungsentwurf den Begriff der außergerichtlichen Streitschlichtung aus § 278 V 2 ZPO in die verschiedenen Arten der Mediation und die sonstigen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung auf.

Im Unterschied zum Güterichterverfahren besitzt der Streitrichter nur ein Vorschlagsrecht. Eine bindende Verweisungsbefugnis des Gerichts in die Mediation oder in andere außergerichtliche Konfliktbeilegungsverfahren ist nicht vorgese-

[92] RegE, S. 32.
[93] RegR, S. 30.

hen. Nicht in das allgemeine Zivilverfahrensrecht übernommen ist die, in § 135 I FamFG für Scheidungssachen geschaffene Befugnis, die Parteien zur Teilnahme an einem Informationsgespräch über die Mediation oder sonstige Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung – nach § 135 RegE-FamFG Konfliktbeilegung - aufzufordern.

Bemerkenswert wirkt ein kleiner sprachlicher Akzent. Eine gerichtsinterne Mediation darf nach § 278a I 2 RegE-ZPO nur in geeigneten Fällen vorgeschlagen werden. Sicherlich kann es als Selbstverständlichkeit angesehen werden, in ungeeigneten Fällen keine Mediation durchzuführen. Allerdings wird diese Anforderung weder für die gerichtsnahe Mediation noch die anderen Verfahren der alternativen Konfliktbeilegung aufgestellt, vgl. § 278a I 1 RegE-ZPO. Auch bei der Verweisung des Verfahrens an einen Güterichter fehlt diese Voraussetzung. So ist ein durchaus signifikanter Unterschied zwischen den einzelnen Regelungen festzustellen. Auf die Ermächtigung der Landesgesetzgeber, eine gerichtsinterne Mediation anzubieten, kann sich diese Einschränkung nicht beziehen, denn die kompetenzielle Norm ist in § 15 RefE-GVG vorgesehen. Auszugehen ist von einer zielgerichteten Wortwahl und nicht bloß von einer redaktionellen Ungenauigkeit, denn im RefE war diese Einschränkung noch nicht enthalten. Ob damit ein Stufenverhältnis lediglich zwischen gerichtsnaher und gerichtsinterner Mediation ausgedrückt wird, wie in der Begründung anklingt[94], und welche Konsequenzen damit verbunden sind, bleibt unklar. Wie schon beim Verhältnis zum Güterichter erweist sich auch hier eine restriktive Haltung des Entwurfs gegenüber der gerichtsinternen Mediation.

d) Gerichtsinterne Mediation

aa) Richterliches Dienstrecht

Wie oben ausgeführt, bestehen erhebliche Zweifel, ob die Mediation als Rechtsprechung angesehen werden kann. Unter dieser Prämisse fehlt bislang eine Aufgabenzuweisung nach § 4 I, II DRiG[95]. Nach Art. 2 des Regierungsentwurfs des Gesetzes zur Förderung der Mediation werden gemäß § 15 1 RegE-GVG nunmehr die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung eine richterliche Mediation anzubieten. Kompetenziell gehört das Gerichtsverfassungsrecht zur

---

94 RegE, S. 32.

95 *Schmidt-Räntsch,* DRiG, 6. Aufl., § 4 Rdnr. 34; *Spindler,* Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 11.

konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes nach Art. 74 I Nr. 1 GG, für die der Bundesgesetzgeber seine Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich ausgeübt hat. Durch den im Entwurf vorgesehenen Akt der zurückgenommenen Gesetzgebung wird die Gesetzgebungskompetenz für die Länder im Sinne des. Art. 72 III GG freigegeben.

Die Länder können, müssen aber nicht von der Ermächtigung Gebrauch machen. Ihre Gestaltungsbefugnis betrifft die Überlegung, ob sie eine gerichtsinterne Mediation einführen wollen. Die Länder können diese Mediation für bestimmte Gerichte, bestimmte Instanzen oder bestimmte Rechtsgebiete ausüben. Wie die gerichtsinterne Mediation durchgeführt wird, steht dagegen nicht in der Länderkompetenz. Insbesondere dürfen die Bundesländer nicht die zivilprozessualen Regeln ergänzen. Inwieweit die in § 15 RegE-GVG angelegte verfahrensrechtliche Flexibilisierung durch Rücknahme der konkurrierenden Gesetzgebung sinnvoll ist, erscheint mehr als fraglich. Geboten ist sie jedenfalls nicht, wie die Übernahme des Güterichtermodells in das Bundesrecht belegt.

Üben die Länder die ihnen damit eröffnete Kompetenz aus, wird den Richtern eine neue Dienstaufgabe übertragen. Eine solche Zuweisung durch Landesrecht ist zulässig[96]. Damit wird den Erfordernissen des richterlichen Dienstrechts genügt, denn gemäß § 4 II Nr. 2 DRiG können den Richtern aufgrund eines Gesetzes neue Aufgaben zugewiesen werden. Die geübte Mediationspraxis in den Modellversuchen kann nur auf der künftig geltenden Rechtsbasis fortgesetzt werden, wenn eine landesrechtliche Regelung erfolgt[97]. Mit dieser Aufgabenbestimmung ist auch die Kollision mit dem RDG gelöst, denn innerhalb seines Aufgabenkreises darf der Mediationsrichter rechtliche Regelungsvorschläge unterbreiten.

bb) Verfahren

Der Kernbereich der richterlichen Mediation soll in § 278a I RegE-ZPO eine knappe Regelung erfahren. Danach kann das streitentscheidende Gericht den Parteien eine Mediation vorschlagen. Mit guten Gründen verzichtet der Gesetzentwurf darauf, den Richter dazu zu berechtigen, eine Mediation anzuordnen, weil eine solche Anordnung mit dem Freiwilligkeitspostulat kollidiert. So mag dann manches mediationsfähige Verfahren vor dem Streitgericht verbleiben, doch darf

96 *Schmidt-Räntsch,* DRiG, 6. Aufl., § 4 Rdnr. 32.
97 *Greger,* ZRP 2010, 209 (211).

der gerade aus der europäischen Perspektive betonte verbesserte Zugang zum Recht und damit auch zu den Gerichten nicht durch Zwangsumleitungen beschränkt werden. Der weitgehend gescheiterte Gütestellenversuch des § 15a EG-ZPO stellt eine deutliche Warnung dar. Um das Verfahren nicht zu verzögern, wird auch die Zwischenstufe eines Informationsgesprächs über die Mediation nicht gesetzlich vorgeschrieben, doch ist ein derartiges Gespräch im Einverständnis der Parteien zulässig.

Wird eine gerichtliche Mediation durchgeführt, ordnet das streitentscheidende Gericht ein Ruhen des Verfahrens nach § 278a II RegE-ZPO an, wie es einer vielfach geübten Praxis in den Mediationsprojektiven entspricht[98]. Während des Ruhens des Verfahrens laufen, abgesehen von den Fällen der §§ 251 2, 233 ZPO, keine prozessualen Fristen. Das Ruhen wird durch ausdrückliche oder schlüssige Aufnahme des Verfahrens durch eine Partei nach § 250 ZPO beendet[99]. Dazu wird ein nicht zu begründender Schriftsatz verlangt, der bei Gericht einzureichen ist.

Etwas zwiespältig wirken die Aussagen zum Wahlrecht der Parteien. Nach § 2 I RegE-Mediationsgesetz wählen die Parteien den Mediator aus. Allerdings soll damit kein Anspruch auf einen bestimmten Richtermediator verbunden sein. Steht der gewünschte richterliche Mediator nicht zur Verfügung, müssen die Parteien keinen alternativ vorgeschlagenen Mediator akzeptieren[100]. Diese Konsequenz resultiert freilich schon aus dem Freiwilligkeitspostulat. In der Gerichtspraxis dürfte freilich die Autonomiebestimmung des Wahlrechts keine gewichtige Rolle spielen.

Mit den Folgebestimmungen des Referentenentwurfs sollten gerichtsverfassungsrechtliche Regeln an die Erfordernisse der Mediation angepasst werden. Nach § 278a II 3 RefE-ZPO sollte die richterliche Mediation vor einem nicht entscheidungsbefugten Richter stattfinden, worin die Begründung des Referentenentwurfs ein Wesensmerkmal der richterlichen Mediation sah[101]. Damit wurde dem Vertraulichkeitsgebot angemessen Rechnung getragen. Seinem Schutz sollte auch der grundsätzliche Ausschluss der Öffentlichkeit in § 278a II 4 E-ZPO dienen, von dem die Parteien einvernehmlich absehen konnten. Obwohl die Öffentlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht nach § 169 1 GVG ein hohes Gut

98 Prütting/Gehrlein/*Andres*, 2. Aufl., § 251 Rdnr. 3.
99 Stein/Jonas/*Roth,* 22. Aufl., § 251 Rdnr. 11.
100 RegE, S. 32.
101 RefE, S. 24.

darstellt, wurde der Referentenentwurf diesem Grundgedanken des Gerichtsverfassungsrechts gerecht, weil gerade keine durch die Öffentlichkeit zu gewährleistende Kontrolle des Spruchgerichts erforderlich ist. Beide Regelungen des Referentenentwurfs sind im Regierungsentwurf offenbar als selbstverständlich ohne Begründung gestrichen.

Im Übrigen wird der Schutz der Vertraulichkeit in der richterlichen Mediation vor allem über die allgemein für Mediationsverfahren geltende Verschwiegenheitspflicht des § 4 RegE-MediationsG bewirkt. Da richterliche Mediatoren auch Mediatoren im Sinne des § 1 II RegE-MediationsG sind, überlagert die umfassende Verschwiegenheitspflicht aus § 4 RegE-MediationsG ihre allgemeinen Dienstpflichten als *lex specialis*. Um eine Vertraulichkeit, auch der sonstigen Unterlagen in einem späteren Gerichtsprozess zu wahren, bleibt eine vertragliche Vereinbarung der Parteien erforderlich.

Eine weitere wichtige Regelung sollte § 278a II 5 RefE-ZPO über die Vergleichsprotokollierung und die Streitwertfestsetzung enthalten. Schließen die Parteien in der richterlichen Mediation einen Vergleich, sollte der Richtermediator wie ein entscheidungsbefugter Richter den Inhalt des Vergleichs im Protokoll feststellen und den Streitwert festsetzen können. Die Streitwertfestsetzung entspricht einem praktischen Bedürfnis, um das Verfahren nicht erneut dem erkennenden Richter zuweisen zu müssen. Grundsätzlich vergleichbar verhält es sich auch mit der Vergleichsprotokollierung. Der Referentenentwurf griff damit einen Grundgedanken der Mediationsprojekte auf, wonach der mit der Mediation betraute Richter sogleich einen Vergleich der Parteien protokollieren kann.

Beide Befugnisse sind aus dem Regierungsentwurf gestrichen. Ob dafür systematisch überzeugende Gründe anzuführen sind, mag hier dahin stehen. Jedenfalls entsprechen sowohl die Vergleichsprotokollierung als auch die Streitwertfestung durch den Richtermediator praktischen Bedürfnissen. Wenn also diese geeigneten und mit der Vergleichsprotokollierung sogar hochbedeutsamen Regelungen gestrichen werden, dann werden sich die Handlungsmöglichkeiten des Güterichters gegenüber dem RefE deutlich verschlechtern. Damit scheint sich auch hier eine distanziertere Haltung des Bundesjustizministeriums gegenüber der gerichtsinternen Mediation durchgesetzt zu haben.

Infolgedessen werden in der Praxis weiterhin Beschlüsse der Streitrichter üblich sein, in denen der Mediationsrichter ersucht wird, auf Wunsch der Parteien nach Beendigung der Mediation das Verfahren aufzunehmen und eine Güteverhandlung einschließlich der Protokollierung eines abzuschließenden Vergleichs durch-

zuführen. Zu fragen ist allerdings, ob der Richtermediator überhaupt den Vergleich protokollieren darf. Während eines ruhenden Verfahrens sind gerichtliche Handlungen allein in dem durch § 249 I und II ZPO bestimmten Umfang wirksam[102]. Alle nach außen wirkenden Handlungen des Gerichts, welche die Hauptsache betreffen, sind unzulässig und relativ unwirksam[103]. Haben allerdings die Parteien zuvor das Verfahren nach § 250 ZPO wieder aufgenommen, ist diese Hürde überwunden. Der Regierungsentwurf vergibt hier die Chance, durch eine gesetzliche Regelung für Rechtssicherheit zu sorgen.

Unabhängig davon, ob ein Vergleich protokolliert oder nur eine Abschlussvereinbarung i.S. von § 2 VI 3 RegE-MediationsG dokumentiert wird, ist nach den inhaltlichen Schranken zu fragen. Für die sachliche Ergebnisbeurteilung ist auf die Überlegungen zu § 2 VI RegE-MediationsG zu verweisen. Die bereits oben angesprochenen Konsequenzen werden durch die Rechtsbindung des Richters als Teil der öffentlichen Gewalt aus Art. 20 III GG noch verstärkt.

Als erste Konsequenz wird die Rechtsbindung des Richters durch § 278a II RegE-ZPO konkretisiert. Da die Vorschrift den gesetzlichen Zugang zur richterlichen Mediation eröffnet, wird der Maßstab der Gesetzesbindung durch die Rollenanforderungen an den Mediator fixiert. Eine objektive Schranke wird durch die Grenzen des zwingenden Rechts bestimmt, gegen die im protokollierten Vergleich oder der Abschlussvereinbarung nicht verstoßen werden darf.

Nur eine Randbemerkung verdient § 7 RegE-MediationsG. In dieser Vorschrift ist die Übergangsregelung für die bisherigen Mediationsprojekte vorgesehen. Hierbei handelt es sich allerdings um eine zivilprozessuale Regelung, die systematisch zutreffend im EGZPO zu verorten wäre.

4. Vollstreckbarkeit

Zu den wichtigsten Anliegen der MediationsRL gehört die Vollstreckbarkeit einer im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung. Für einen gerichtlich protokollierten Mediationsvergleich resultiert diese auch grenzüberschreitend funktionstüchtige Wirkung bereits aus § 794 I Nr. 1 ZPO. Daneben bestehen die Möglichkeiten

---

102 Stein/Jonas/*Roth,* 22. Aufl., § 251 Rdnr. 9; *Gehrlein,* in: MünchKommZPO, 3. Aufl., § 251 Rdnr. 18; Prütting/Gehrlein/*Andres*, 2. Aufl., § 251 Rdnr. 1.

103 *BGHZ* 43, 135 (136 f.); *Gehrlein,* in: MünchKommZPO, 3. Aufl., § 249 Rdnr. 19.

der notariellen Urkunden, § 794 I Nr. 5 ZPO und Anwaltsvergleichen, § 796a, 796c ZPO mit ihren jeweiligen grenzüberschreitenden Leistungsprofilen.

Zusätzlich kann nach § 796d I 1 RegE-ZPO die in der außergerichtlichen oder gerichtsnahen Mediation geschlossene Vereinbarung auf schriftlichen Antrag aller Parteien oder auf Antrag einer Partei mit ausdrücklicher Zustimmung der anderen Partei für vollstreckbar erklärt werden. Die Zustimmung muss noch im Zeitpunkt des Antrags vorliegen. Das Verfahren weist einige Parallelen zur Vollstreckbarerklärung eines Anwaltsvergleichs nach §§ 796a-796c ZPO auf. Es sieht aber vom Erfordernis einer beiderseitigen anwaltlichen Vertretung ab und ist deswegen kostengünstiger als ein Anwaltsvergleich.

Hindernisse gegenüber der Vollstreckbarkeitserklärung sind binnen einer vom Vollstreckungsgericht gesetzten angemessenen Frist zu beseitigen, was mit Zustimmung beider Parteien auch bei einer fehlenden Bestimmtheit möglich ist, § 796d II 2 und 3 RegE-ZPO. Bei einer unwirksamen Vereinbarung ist die Vollstreckbarkeitserklärung nach § 796d II 4 RegE-ZPO abzulehnen. Für die Vollstreckbarkeitserklärung ist das in der Mediationsvereinbarung bezeichnete Amtsgericht zuständig, sonst regelmäßig das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Mediationsvereinbarung geschlossen wurde, § 796d III RegE-ZPO. Zulässig ist schließlich auch eine Vollstreckbarkeitserklärung durch einen Notar, § 796d IV RegE-ZPO.

5. Sonstiges

Ein angemessener Schutz vor einer Verjährung wird im Kern durch § 203 BGB gewährleistet. Insbesondere hat die Rechtsprechung zur Verjährung bei eingeschlafener Verhandlung für eine hinreichende Sicherheit beim Ende der Verjährungshemmung gesorgt[104]. Einzelne offene Punkte werden unproblematisch zu klären sein. Ein Transformationsbedarf wird deswegen zutreffend verneint[105].

Konfliktträchtiger ist dagegen die fehlende Mediationskostenhilfe. Nach § 6 I RegE-MediationsG können zwar Bund und Länder wissenschaftliche Forschungsvorhaben vereinbaren, um die Folgen einer finanziellen Förderung der außergerichtlichen oder gerichtsnahen Mediation bei Familiensachen an Gerichten der Länder zu ermitteln. Angesicht der fiskalischen Situation sind hier aber keine

104 *BGH*, NJW 2009, 1806.
105 *Greger,* ZRP 2010, 209 (211).

umfassenderen Unterstützungen zu erwarten. Gemäß § 6 II RegE-MediationsG kann die Förderung im Rahmen der Forschungsvorhaben auf Antrag einer rechtsuchenden Person für Mediationsverfahren in Familiensachen bewilligt werden.

Möglich bleibt die Bewilligung von Beratungshilfe nach den §§ 1, 10 BerHG, doch führt diese zu keiner umfassenden Kostenerstattung. Für die gerichtliche Mediation ist außerdem die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach §§ 114 ZPO vorstellbar.

VI. Fazit

Über die angesprochenen Themenkreise hinaus, bietet der Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung weiteren Diskussionsstoff. Zu denken ist dabei insbesondere an die Mediation beziehungsweise außergerichtliche Konfliktbeilegung in anderen Verfahrensordnungen. Teils trifft sie, wie in den verwaltungsgerichtlichen Prozessen, auf abweichende Verfahrensmodelle, teils auf eine andere Vergleichskultur, wie in den Verfahren vor den Arbeitsgerichten. Dennoch mag der gegebene Überblick genügen.

Überzeugend erscheint die Entscheidung für ein Umsetzungsgesetz. Allein so können die bislang bestehenden Defizite, etwa beim Schutz der Vertraulichkeit oder bei der gesetzlichen Verankerung, der richterlichen Dienstaufgaben bewältigt werden. Schwächen weist die Regelung allerdings bei den Ausbildungsanforderungen auf, doch sind diese durch das niedrige Anforderungsprofil der MediationsRL vorgezeichnet. Hier bleibt abzuwarten, ob eine haftungsrechtliche Steuerung genügt.

Deutliche Kritik ist dagegen an der distanzierten Haltung des Regierungsentwurfs zur gerichtsinternen Mediation angebracht. In wichtigen Einzelfragen bleibt der Regierungsentwurf hinter den Vorschlägen des Referentenentwurfs zurück. Insbesondere die Bevorzugung des Güterichterverfahrens kann nicht überzeugen. Dringend revidiert werden sollte auch die gestrichene Vergleichsprotokollierung und Streitwertfestsetzung. Insoweit ist gegenüber dem RefE ein klarer Rückschritt zu verzeichnen.

Literatur

Ahrens, Martin Gerichtliche Mediation in Deutschland, Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis De Rolando Eötvös Nominate. Sectio Iuridica. Tomus XLVIII, Budapest 2007, 133-158

von Bargen, Malte Gerichtsinterne Mediation, Tübingen 2008

Breidenbach, Stephan Mediation – Struktur, Chancen und Risiken bei Vermittlung im Konflikt, Köln 1995

Dreier, Horst (Hrsg.) Grundgesetz, 2. Auflage, Bd. III, Tübingen 2008

Eckhardt, Bernd / Dendorfer, Renate Der Mediator zwischen Vertraulichkeit und Zeugnispflicht – Schutz durch Prozessvertrag, MDR 2001, 786-792

Eidenmüller, Horst / Prause, Matthias Die Europäische Mediationsrichtlinie – Perspektiven für eine gesetzliche Regelung der Mediation in Deutschland, NJW 2008, 2737-2743

Graf-Schlicker, Marie Luise Die EU-Richtlinie zur Mediation – zum Stand der Umsetzung, ZKM 2009, 83-87.

Greger, Reinhard Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, 2007, http://www.reinhard-greger.de/aber/gueterichter-abschlussbericht.pdf

Greger, Reinhard Justiz und Mediation – Entwicklungslinien nach Abschluss der Modellprojekte, NJW 2007, 3258-3262

Greger, Reinhard Die Reglementierung der Selbstregulierung – Zum Referentenentwurf eines Mediationsgesetzes, ZRP 2010, 209-213

Greger, Reinhard / Unberath, Hannes Die Zukunft der Mediation in Deutschland, München 2008

Haft, Fritjof / Katharina Gräfin von Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Auflage, München 2009

Hess, Burkhard Mediation und weitere Verfahren der konsensualen Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht? Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag, Band I Teil F, München 2008

Hess, Burkhard (Hrsg.) Europäisches Zivilprozessrecht, Heidelberg 2010

Hopt, Klaus J. / Steffek, Felix (Hrsg.) Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, Tübingen 2008

Kissel, Otto Rudolf / Mayer, Herbert (Hrsg.) Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Auflage, München 2005

Koch, Harald Gerichtliche Mediation - Gerichtsverfassungs- und verfahrensrechtliche Rahmenbedingungen, NJ 2005, 97-103

Lahann, Tilmann Die neue Mediationsrichtlinie, ZEuS 2008, 359-373

von Mangoldt, Herbert / Klein, Hans-Hugo / Starck, Christian (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz, 6. Auflage, München 2010

Münchener Kommentar zur ZPO, hrsg. v. Thomas Rauscher, Peter Wax, Joachim Wenzel, 3. Auflage, München 2007/2008

Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.) ZPO, 7. Auflage, München 2009

Pitkowitz, Nikolaus Die neuen Mediationsregeln der EU - Ist Österreich noch Wegbereiter? SchiedsVZ 2005, 81-90

Probst, Martin Mediation und Recht – zur Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie, JR 2009, 265-269

Pruckner, Martina Recht der Mediation, Wien 2003

Prütting, Hanns Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht? JZ 2008, 847-852

Prütting, Hanns / Gehrlein, Markus (Hrsg.) ZPO, 2. Auflage, Köln 2010

Risse, Jörg Wirtschaftsmediation, NJW 2000, 1614-1620

von Schlieffen, Katharina Anforderungen an einen Mediator, ZKM 2000, 52-54

von Schlieffen, Katharina / Ponschab, Reiner / Rüssel, Ulrike / Harms, Torsten Mediation und Streitbeilegung, Verhandlungstechnik und Rhetorik, Berlin 2006

Schmidt-Räntsch, Jürgen DRiG, 6. Auflage, München 2009

Spindler, Gerald Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen. Eine juristisch-rechtsökonomische Analyse, Göttingen 2006

Steffek, Felix Mediation in Europa und der Welt, ZKM 2009, 21-25

Stein, Friedrich / Jonas, Martin ZPO, 22. Auflage, Tübingen 2002 ff.

Sujecki, Bartosz Die Europäische Mediationsrichtlinie, EuZW 2010, 7-11

Tögel, Raine I, Rohlf, Daniel Die Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie - Anforderungen an die Ausbildung von Mediatoren-, ZKM 2010, 86-89

Volkmann, Judith Gerichtliche Mediation: Rechtliche Rahmenbedingungen für ein gerichtsinternes Mediationsangebot, Frankfurt 2006

Wagner, Gerhard / Thole, Christoph Die europäische Mediationsrichtlinie in: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, S. 915-943, Tübingen 2008

Wegener, Susanne Spezifische Anforderungen der gerichtsnahen Mediation, ZKM 2006, 140-144

Wimmer, Raimund / Wimmer, Ulrich Verfassungsrechtliche Aspekte richterlicher Mediation, NJW 2007, 3243-3247

Zöller, Richard ZPO, 28. Auflage, Köln 2010

Martin Asmuß

Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzverfahren - Zur Auslegung von Art. 3 I EuInsVO unter besonderer Berücksichtigung von Konzerninsolvenzen

I. Einleitung

Seit Inkrafttreten der Europäischen Insolvenzverordnung[1] (EuInsVO) am 31. Mai 2002 hat die internationale Zuständigkeit sowohl in Wissenschaft als auch Praxis besonders große Aufmerksamkeit erfahren. Art. 3 EuInsVO begründet die Zuständigkeit der Gerichte des Staates, in dessen Gebiet der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Insolvenzschuldners liegt. Damit ist eine ausschließliche Zuständigkeit geschaffen, die europaweit die Durchführung von Insolvenzverfahren an einem Ort ermöglichen soll. Eben dieses Ziel hat die gerichtliche und anwaltliche Praxis sowie die Literatur dazu veranlasst, durch Auslegung des Art. 3 EuInsVO Insolvenzverfahren über Konzerne an einem Ort durchzuführen und auch für verflochtene Gesellschaften einen einzigen Interessenmittelpunkt auszumachen. Ob eine solche Auslegung möglich, eventuell sogar geboten, erscheint, soll im Folgenden anhand der Rechtsprechung des *EuGH* und der Struktur des Art. 3 I EuInsVO erörtert werden.

II. Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen als Zuständigkeitsmerkmal

1. Ausschließliche insolvenzrechtliche Zuständigkeit

Während das Europäische Zuständigkeitsrecht nach der EuGVVO ein der ZPO ähnliches System der Zuständigkeiten kennt, wurde im Europäischen Insolvenzrecht ein bisher nicht verwendetes[2] Zuständigkeitsmerkmal eingeführt. Im Gegensatz zur EuGVVO, die neben der allgemeinen Zuständigkeit des Gerichts am

---

1 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates v. 29.05.2000 über Insolvenzverfahren, ABl. L 160 v. 30.0.2000, 1.

2 Allerdings findet sich der Begriff im UNCITRAL-Modellgesetz über die internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, im US-amerikanischen Internationalen Insolvenzrecht sowie in Art. 102 § 1 I EGInsO.

Wohnsitz, Satzungssitz, oder Verwaltungssitz, Art. 2, 60 EuGVVO weitere Gerichtsstände nach Art. 3 ff. EuGVVO sowie eine Pluralität allgemeiner Gerichtsstände kennt, handelt es sich dabei – mit Ausnahme der Zuständigkeit für Partikularverfahren nach Art. 3 II EuInsVO – um eine ausschließliche Zuständigkeit. Die Ausschließlichkeit des Gerichtsstands ergibt sich bereits aus der Formulierung „hauptsächliche Interessen".

Die Konsequenzen der Insolvenzeröffnung sind weitreichender als die Einleitung eines Erkenntnisverfahrens. Allein die Beschlagnahme der Masse macht dies deutlich. Der Interessenausgleich zwischen Kläger und Beklagten, den zivilprozessuale Zuständigkeitsregeln zu lösen versuchen, ist durch insolvenzspezifische Aspekte verschoben. Anstatt ums Verhandeln geht es in der Insolvenz ums Handeln[3]. Die Sachnähe des angerufenen Gerichts und des bestellten Verwalters ist für die Sanierung[4] oder Verwertung entscheidend. Vorrangiger Bezugspunkt sind somit nicht unmittelbar schützenswerte und an einen jeweiligen Sitz gebundene Interessen der Verfahrensparteien. Vielmehr kommt es auf die Verwaltung der Insolvenzmasse, gegebenenfalls durch Leitung eines Unternehmens, dessen Sanierung oder Liquidation an. Den hierfür optimalen Ort will Art. 3 EuInsVO bestimmen.

2. Der Einfluss der Zuständigkeitsbestimmung auf das weitere Insolvenzverfahren

Die Bedeutung von Art. 3 EuInsVO reicht jedoch weit über die Zuständigkeitsbestimmung hinaus. Gem. Art. 4 EuInsVO gilt grundsätzlich das Insolvenzrecht des von Art. 3 EuInsVO berufenen Forums. Dieses Recht gilt sodann nicht nur für das Insolvenzverfahren als solches, sondern bestimmt auch insolvenznahe Verfahren[5]. Verstärkt wird die Bedeutung der internationalen Zuständigkeit schließlich vom Grundsatz der Universalität. Entscheidungen über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, die aufgrund der nach Art. 3 EuInsVO bestimmten Zustän-

---

[3] So anschaulich *Oberhammer*, KTS 2009, 27 (30).

[4] Unter den Begriff der Sanierung soll im Folgenden auch die übertragende Sanierung fallen, die sonst als der Liquidation zugehörig eingeordnet wird, da diese, der „einfachen" Sanierung ähnlich, i.d.R. massesteigernd wirkt; vgl. auch *Paulus*, NZI 2005, 1948 (1951).

[5] So zuletzt der *EuGH* für Insolvenzanfechtungsklagen auf Vorlage des *BGH*, NZI 2007, 538 m. Anm. *Mörsdorf-Schulte*, NZI 2008, 282, in der Rechtssache *Deko Marty/Belgium*, Urt. v. 12.2.2009 – Rs. C-339/07, NJW 2009, 2189 m. Anm. *Weller*, LMK 2009, 292909 sowie *Mankowski/Willemer*, RIW 2009, 669 m.w.N.; vgl. schon zum Anwendungsbereich des EuGVÜ auf insolvenz- bzw. konkursnahe Verfahren *EuGH*, Urt. v. 22.02.1979 – Rs. C-133/78, *Gourdain/Nadler*, Slg. 1979, I-00733.

digkeit getroffen werden, sind gem. Art. 16 EuInsVO mit den Wirkungen, die ihnen im Entscheidungsstaat beigemessen werden, Art. 17 EuInsVO, anzuerkennen. Diese Anerkennung erfolgt *ipso iure*. Den einzigen Grund für die Versagung der Anerkennung bildet der *ordre public* in Art. 26 EuInsVO. Gleiches gilt für andere Entscheidungen des Insolvenzgerichts, die nicht die Eröffnung des Verfahrens betreffen gem. Art. 25 EuInsVO. So erlaubt es eine gezielte Wahl des Interessenmittelpunktes nicht nur, das zuständige Gericht zu bestimmen, sondern im gleichen Zuge ein bestimmtes Insolvenzrecht zur Anwendung zu bringen und aufgrund dessen ergangene Entscheidungen in allen Mitgliedstaaten anerkennen zu lassen. Die Flexibilität des Anknüpfungsmerkmals eröffnet damit dem Insolvenzschuldner die Möglichkeit, durch Verlegung des Mittelpunktes der hauptsächlichen Interessen, das Insolvenzverfahren maßgeblich zu beeinflussen. Aufgrund dieser weitreichenden Folgen, die an die internationale Zuständigkeit geknüpft sind, wird Art. 3 EuInsVO nicht zu Unrecht als „Zentral-" oder „Grundnorm" der Verordnung bezeichnet[6].

3. Auslegung als Ausgangspunkt für die Bestimmung des Interessenmittelpunktes

Seit Inkrafttreten der Verordnung ist der *EuGH* in mehreren Vorabentscheidungsverfahren angerufen worden, über Auslegungsfragen betreffend die internationale Zuständigkeit zu entscheiden[7]. Dabei hat der *EuGH* zwar eine Richtung für die Auslegung vorgegeben und bis dato vertretenen Auffassungen die Anerkennung versagt, doch bleiben noch immer Fragen offen. Während sich für Insolvenzen natürlicher Personen ein solides Fundament gebildet hat, wackelt das Auslegungsgerüst bei Gesellschaftsinsolvenzen teilweise noch beträchtlich. Dies liegt nicht zuletzt an den unterschiedlichen Lesarten der zentralen *EuGH*-Entscheidungen und abweichender praktischer Handhabung des Art. 3 EuInsVO durch einige nationalstaatliche Gerichte.

---

[6] So bspw. *Paulus*, EuInsVO, 2. Aufl. (2008), Art. 3 Rdnr. 1.

[7] *EuGH*, Urt. v. 17.1.2006 – Rs. C-1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber*, Slg. 2006, I-701, NZI 2006, 153; *EuGH*, Urt. v. 2.5.2006 – Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC*, Slg. 2006, I-3813 = NZI 2006, 360; *EuGH*, Urt. v. 12.2.2009 – Rs. C-339/07, *Deko Marty/Belgium*, Slg. 2009, I-767, NJW 2009, 2189; *EuGH*, Urt. v. 21.1.2010 – Rs. C-444/07, *MG Probud Gdynia sp. z o. o., NZI 2010, 156;* vgl. nun auch die Schlussanträge des Generalanwalts beim *EuGH*, *EuGH*, GA Schlussanträge v. 10.3.2011 – Rs. C-396/09, *Interedil*, ZInsO 2011, 962.

Die gebotene autonome Auslegung[8] fällt hier zunächst deshalb schwerer, da bis zur EuInsVO keine Erfahrungen mit dem Merkmal des Interessenmittelpunktes bestehen. Zudem sind als Interessenmittelpunkt sowohl bei natürlichen Personen als auch bei Gesellschaften verschiedene Orte denkbar. Bei natürlichen Personen, die erwerbsbedingt Grenzgänger sind, kommen der Arbeitsplatz, d.h. der Ort der Anstellung oder der selbständigen Tätigkeit, sowie der ständige Aufenthaltsort, untechnisch Wohnsitz, in Betracht. Bei Gesellschaften sind dies der Satzungssitz, Verwaltungssitz oder der Ort der werbenden/operativen Tätigkeit. Sogar über den Sitz der Gesellschafter oder des Geschäftsführers ließe sich nachdenken. Problematischer noch wird die Bestimmung des Interessenmittelpunktes, wenn mehrere Gesellschaften miteinander verknüpft, konzerniert, sind. Je nach Kontrolle der Mutter-, oder sogar Großmutter-, über die Tochtergesellschaft ließe sich an deren Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen für die Zuständigkeit über die Insolvenz der Tochter anknüpfen.

III. Der Interessenmittelpunkt juristischer Personen

Art. 3 I 1 EuInsVO bestimmt die Gerichte des Mitgliedstaates für zuständig, in dessen Gebiet der Insolvenzschuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Für juristische Personen enthält Art. 3 I 2 EuInsVO die Vermutung, dass der Interessenmittelpunkt am satzungsmäßigen Sitz der juristischen Person liegt.

1. Die Vorgaben des EuGH in der Rechtssache Eurofood

In der Rechtssache *Eurofood*[9] hatte der *EuGH* die Vorlagefrage zu beantworten, wann die Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO zugunsten der Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet die Schuldnergesellschaft ihren satzungsmäßigen Sitz hat, als widerlegt anzusehen ist. Damit waren gleichermaßen Kriterien für die Bestimmung des Interessenmittelpunkts vorzugeben. Fraglich

---

8 *EuGH*, Urt. v. 22.02.1979 – Rs. C-133/78, *Gourdain/Nadler*, Slg. 1979, I-00733; ausführlich zu Geschichte und Systematik der Auslegungsmethoden im Europäischen Zivilverfahrensrecht unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 1. Aufl. (2010), § 4 Rdnrn. 44 ff.

9 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC*, Slg. 2006, I-3813, NZI 2006, 360.

war in dem Fall, ob der Satzungssitz als Interessenmittelpunkt widerlegt ist, wenn die leitenden Entscheidungen („head office functions“) für die insolvente Schuldnertochtergesellschaft von der Obergesellschaft getroffen werden. Aus Art. 3 I 2 EuInsVO als widerlegliche Vermutung folgt, dass die Zuständigkeit nicht notwendig am Satzungssitz einer Gesellschaft begründet werden muss. In der *Eurofood*-Entscheidung hat der *EuGH* festgestellt, dass eine Widerlegung nur in Betracht kommt, „wenn objektive und für Dritte feststellbare Elemente belegen, dass in Wirklichkeit die Lage [des Interessenmittelpunkts] nicht derjenigen entspricht, die die Verortung am genannten satzungsmäßigen Sitz widerspiegeln soll“[10]. Der *EuGH* ist dabei strikt auf der Linie des Erwägungsgrunds 13 der EuInsVO geblieben und hat auf für Dritte erkennbare objektive Elemente abgestellt. Worin solche Elemente konkret zu sehen sein sollen, hat der *EuGH* allerdings nicht beantwortet.

Jedenfalls soll es nach dieser Entscheidung nicht auf bloße Interna einer Gesellschaft, eines Konzerns oder gar der Haushaltsführung einer natürlichen Person ankommen. Dies wird aus den vom *EuGH* angeführten Beispielen deutlich. Aus der Formulierung des *EuGH* folgt, dass es erheblicher objektiver Umstände bedarf, um den von Art. 3 I 2 EuInsVO als Interessenmittelpunkt vermuteten Satzungssitz zu überwinden[11]. So nennt er in seiner Begründung als Beispiel einer Gesellschaft, deren Satzungssitz als Interessenmittelpunkt wiederlegt werden könne, eine solche, die im Sitzstaat keiner Tätigkeit nachgeht[12]. Dies ist der Fall sog. Briefkastengesellschaften, in denen am Satzungssitz kein operatives Geschäft geführt wird. Dass dann aber objektiv feststellbare Verbindungen zu einem anderen Staat den Interessenmittelpunkt begründen, an dem zweckmäßig ein Verfahren durchgeführt werden kann, ist logische Folge. Wodurch dieser Briefkastensitz allerdings konkret widerlegt werden kann, wenn etwa in mehreren Staaten eine operative oder leitende bzw. verwaltende Tätigkeit entfaltet wird, lässt der *EuGH* zunächst offen. Die Briefkastengesellschaft stellt der *EuGH* sodann einer Gesellschaft gegenüber, die am Satzungssitz einer Tätigkeit, und sei sie noch so gering, nachgeht. Dann nämlich genüge es gerade nicht, dass die wirtschaftlichen Entscheidungen von einer Muttergesellschaft getroffen werden[13]. Dieser Vergleich

---

10 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC*, Slg. 2006, I-3813, NZI 2006, 360 Tz. 37; so nun auch die Schlussanträge des Generalanwalts beim *EuGH*, *EuGH*, GA Schlussanträge v. 10.3.2011 – Rs. C-396/09, *Interedil*, ZInsO 2011, 962

11 *Hess/Laukemann/Seagon*, IPRax 2007, 89 (90 f.); *Oberhammer*, KTS 2009, 27 (33 f.).

12 *EuGH*, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC*, Slg. 2006, I-3813, Rdnr. 37, NZI 2006, 360 Tz. 37.

13 *EuGH*, Urt. v. 2.5.2006 – Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC*, Slg. 2006, I-3813 Rdnr. 37, NZI 2006, 360; wohl noch strenger, die Schlussanträge des Generalanwalts beim *EuGH*,

zeigt, dass der Maßstab für die Widerlegung des Art. 3 I 2 EuInsVO strenger sein soll als lange angenommen.

2. Gesellschafts- und Konzerninsolvenzen nach Eurofood

Mit dieser Entscheidung hat der *EuGH* Konzerninsolvenzen aus dem Anwendungsbereich der EuInsVO ausgenommen. Damit ist er dem Verordnungsgeber gefolgt, der die Insolvenzen konzertierter Gesellschaften ebenfalls nicht einer einheitlichen Zuständigkeit nach Art. 3 EuInsVO unterstellen wollte[14]. Vielmehr geht die EuInsVO vom Trennungsprinzip der Haftungsmassen und juristischer Rechtspersönlichkeiten aus[15], folgt somit einem materiellrechtlich geprägten Leitbild. Bei vielen grenzüberschreitenden Insolvenzen handelt es sich jedoch um solche verflochtener Gesellschaften. Eine Verordnung, die einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts schaffen will, um den Europäischen Binnenmarkt zu fördern, muss sich jedenfalls Zweifeln aussetzen, wenn die Durchsetzung von Gläubigerrechten und eine grenzüberschreitende Sanierung durch diese Exklusivität erschwert werden.

a) Vorteile eines Konzerngerichtsstands

Ein Gerichtsstand für die Insolvenz eines Konzerns, d.h. die Abwicklung der Insolvenz der Tochtergesellschaft am Sitz ihrer Mutter, erscheint allerdings aus insolvenzrechtlicher Sicht wünschenswert[16]. Das Recht der Gesellschaftsinsolvenzen hat sich in den letzten zwei Jahrzehnten von einem Primat der Liquidation als Weg zur Gläubigerbefriedigung zu einem auf Sanierung eines angeschlagenen

EuGH, GA Schlussanträge v. 10.3.2011 – Rs. C-396/09, *Interedil*, ZInsO 2011, 962, in denen die Vermutung für unwiderleglich gehalten wird, sobald die insolvente Gesellschaft ihre Hauptverwaltung tatsächlich am Satzungsitz hat.

14 *Virgós/Schmit*-Bericht, Nr. 76; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. (2010), Rdnr. 1061 m.w.N.

15 *Virgós/Schmit*-Bericht, Nr. 76; *Huber*, ZZP 114 (2001), 133 (142 f.).

16 So *Oberhammer*, KTS 2009, 27 (33 f.); *Paulus*, ZIP 2005, 1948 (1955); *ders.*, EuInsVO, 2. Aufl. (2008), Einl. Rdnrn. 43 ff.; *Kammel*, NZI 2006, 334 (338); *Mankowski*, NZI 2004, 450 (452); *Kübler*, in: FS Gerhardt, 2004, S. 527 (529); kritisch hingegen *Vallender*, NZI 2009, 825 ff., der vor allem auf praktische Umsetzungsprobleme hinweist; ähnlich *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455 (3458), der die nationalen Gesetzgeber in der Handlungspflicht sieht, einen Konzerngerichtsstand aber grundsätzlich für wünschenswert hält.

Unternehmens ausgerichteten Instrumentariums entwickelt[17]. Seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung im Jahr 1999 hält auch das deutsche Recht mit dem Insolvenzplanverfahren ein Mittel zur Sanierung insolventer Unternehmen bereit[18]. Zwar stellt die Insolvenzordnung dies unter den Vorbehalt der dadurch erfolgreicheren Gläubigerbefriedigung bzw. die Zustimmung der Gläubiger(versammlung), doch sind selbst darüber hinaus volkswirtschaftliche Vorteile denkbar. Die Erhaltung von Arbeitsplätzen dürfte der wohl augenscheinlichste sein.

Die Sanierungschancen können in einigen Fällen dadurch erhöht werden, dass die Konzernleitung, also die Verwaltung der Ober- und Untergesellschaften, von an einem Ort ansässigen Verwaltern erfolgt und so die wirtschaftliche Verwaltung vereinfacht wird[19]. Dies gilt umso mehr, wenn am Sitz der Mutter auch vorher die leitenden Entscheidungen getroffen worden sind. Bestehende Unternehmensstrukturen lassen sich nutzen. Dadurch werden Umstrukturierungen im Verwaltungsbereich vermieden, die Masse geschont. Dies liegt wiederum im Interesse der Gläubiger.

Einem auf optimale Sanierung ausgelegten Verfahren hat die EuInsVO allerdings Hürden bereitet. Nach Art. 3 II EuInsVO sind fast voraussetzungslos Sekundärinsolvenzverfahren möglich. Diese müssen stets als Liquidationsverfahren ausgestaltet sein, Art. 3 III EuInsVO. Dies ist dem Mechanismus der EuInsVO geschuldet, der das Sekundärverfahren lediglich als „Massezulieferungsverfahren" vorsieht. So hat nämlich der Verwalter des Sekundärverfahrens gem. Art. 35 EuInsVO nach Befriedigung der Gläubiger des Sekundärverfahrens dem Verwalter des Hauptverfahrens den Masseüberschuss zu übergeben. Dieser Mechanismus ist allerdings in der EuInsVO nicht konsequent durchgehalten. Wird zunächst ein Partikularverfahren als Reorganisationsverfahren und erst danach ein Hauptverfahren eröffnet, hängt es gem. Art. 37 EuInsVO von der Entscheidung des Verwalters ab, ob die eigentlich nach Art. 3 III 2 EuInsVO gebotene Umwandlung in ein Liquidationsverfahren stattfindet. Damit war dem Verordnungsgeber offensichtlich sehr wohl bewusst, dass es zugunsten der Gläubiger vorteilhaft sein kann, beide Verfahren als Sanierungsverfahren durchzuführen. Dies

---

17 *Paulus*, ZIP 2005, 1948 (1951); *ders.*, NZI 2008, 1 (4 f.); vgl. zur Sanierung als insolvenzrechtliches Ziel Kübler/Prütting/*Prütting*, Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. I, Stand: 5/2010, § 1 Rdnrn. 23 ff.;

18 Uhlenbruck/*Lüer*, Insolvenzordnung, Vor § 217 Rdnrn. 4 ff.; Kübler/Prütting/*Prütting*, Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. I, Stand: 5/2010, § 1 Rdnrn. 23 ff.

19 *Pannen*, Europäische Insolvenzverordnung (2007), Art. 3 Rdnr. 46; wohl auch Gebauer/Wiedmann/*Haubold*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss (2005), Kapitel 30, Rdnrn. 68 ff.

scheint zudem geboten, soll der Grundsatz der Universalität des Hauptverfahrens nicht durch eine Territorialisierung vollständig unterlaufen werden[20]. Diese Verfahrenszersplitterung beeinträchtigt naturgemäß eine wünschenswerte Sanierung vom Standort der Hauptniederlassung oder der Konzernmutter aus. Sie kann zudem massezehrend sein, wenn über die (Hauptverfahrens-)Zuständigkeit erst noch gestritten wird.

Ferner besteht keine Möglichkeit, einen einheitlichen Verwalter für Haupt- und Sekundärverfahren zu bestellen. Dies hätte durch eine ausgeprägte Koordination der Verfahren kompensiert werden können. Wie aber anhand des Sekundärverfahrens als Liquidations- und dienendem „Zulieferungsverfahren“ illustriert, sieht die EuInsVO hier nur beschränkte Möglichkeiten in Art. 34 ff. EuInsVO vor.

Ein Konzerngerichtsstand würde es schließlich ermöglichen, die Insolvenz nach einer *lex fori concursus* abzuwickeln. Nur so können die Vorteile eines materiellen Insolvenzrechts ausgenutzt werden, um eine Sanierung abzuwickeln. Eine Aufspaltung in zwei Haupt- oder Sekundär- und Hauptverfahren würde somit nicht nur eine Trennung auf Verfahrensebene bedeuten, sondern auch eine unterschiedliche materiell-insolvenzrechtliche Behandlung. Eine einheitliche Zuständigkeit erleichtert einen einheitlichen Insolvenzplan oder aber zumindest die Abstimmung zweier Insolvenzpläne, wenn diese nach demselben Insolvenzstatut aufgestellt werden[21].

Letztlich scheint die materiellrechtlich geprägte Trennung zwar für die Liquidierung einer Gesellschaft sachgerecht, nicht aber, wenn diese saniert werden soll[22]. Außerhalb der Insolvenz bestimmt sich der Fluss finanzieller Mittel nach den zwischen den Gesellschaften bestehenden Verträgen. Diese auf den wirtschaftlichen Erfolg ausgerichteten Wege werden dem Insolvenzverwalter durch die Massetrennung aber abgeschnitten.

---

20 So auch *Paulus*, EuInsVO, Art. 3 Rdnr. 51, der folgendes plastisches Beispiel nennt: Ein im Ausland belegenes Grundstück kann so in das Haupt(sanierungs)verfahren einbezogen werden, solange es nicht vermietet oder von einem Hausmeister verwaltet ist; anderenfalls wird es zur Niederlassung und kann plötzlich in einem Sekundär(liquidations)verfahren stecken. Die Ergebnisse sind somit zufällig.

21 Vgl. *Paulus*, ZIP 2005, 1948 (1953 ff.), der allerdings gleichzeitig eine materielle Einheit der Haftungsmassen für bestimmte Fälle vorschlägt.

22 Vgl. dazu *Paulus*, ZIP 2005, 1948 (1953 ff.).

b) Auslegung des Art. 3 I EuInsVO als Ausgangspunkt für einen Konzerngerichtsstand

Da die EuInsVO für eine Konzernsanierung nicht ausdrücklich die richtigen Instrumente an die Hand gibt, stellt sich die Frage, inwiefern eine Konzerninsolvenzzuständigkeit über Art. 3 EuInsVO begründet werden kann. Dies ist vielen Gerichten durch Widerlegung der Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO in der Vergangenheit auch gelungen. Bis zur Entscheidung des *EuGH* in der Sache *Eurofood* hatten, vorwiegend englische, Gerichte[23] den auch in der Literatur[24] vertretenen „mind of management"- oder „head office functions"-Ansatz zur Bestimmung des Interessenmittelpunkts präferiert. Danach sollte maßgebend sein, wo die wesentlichen strategischen Entscheidungen der hinter der Gesellschaft stehenden Gläubiger getroffen werden[25]. Bei Gesellschaften, die nicht in eine Konzernstruktur eingebunden sind, führte dies zur Zuständigkeit der Gerichte am Wohnsitz der Gesellschafter, die die Kontrolle ausübten. Dies ist augenscheinlich weder der sachnächste Ort für die Zuständigkeit, noch ist er – wie vom *EuGH* gefordert – für Dritte feststellbar. Als praktikabel erwiesen sich diese Kriterien jedoch gerade bei Insolvenzen verflochtener Gesellschaften. Denn da die unternehmensleitenden Entscheidungen in der Regel von der Muttergesellschaft getroffen wurden, konnte eine Zuständigkeit für die Insolvenz von Mutter- und Tochterunternehmen am Ort der herrschenden Muttergesellschaft begründet werden. Diesem Ansatz hat der *EuGH* in seiner Entscheidung allerdings ausdrücklich eine Absage erteilt und dies mit mangelnder objektiver Feststellbarkeit des Ortes der Leitentscheidungen begründet.

Der *EuGH* scheint damit der sog. „business acitivity"-Theorie zuzuneigen[26]. Diese stellt vor allem auf äußerlich erkennbare Umstände ab, wie etwa die Lage der Ge-

---

23 So insbesondere die englischen Gerichte, vgl. beispielhaft *High Court London* v. 04.07.2002, *Enron Directo Sociedad Limitada*, m. Anm. *Braun*, NZI 1/2004 (Editorial); *High Court of Justice Leeds* v. 16.05.2003, No. 861-876/03, *ISA/Daisytek*, NZI 2004, 419 m. Anm. *Paulus*, ZIP 2003, 1725; für eine ausführliche Auflistung der Rechtsprechung zum "mind of management"-Ansatz s. *Oberhammer*, KTS 2009, 27 (31, Fn. 11); *AG München*, ZIP 2004, 962 (963) (*Hettlage*), allerdings mit Hinweis auf die Erkennbarkeit der Konzernstruktur nach außen; zu GesO und KO noch *LG Dessau*, ZIP 1998, 1006 (1007); zu § 3 I 2 InsO *AG Köln*, NZI 2008, 254 m. zust. Anm. *Müller*, EWiR 2008, 595.

24 Vgl. etwa *Paulus*, ZIP 2005, 1948 (1952), allerdings nur für „homogen verbundene" Konzerne; *Adam*, Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz internationaler Unternehmensverbindungen (2006), S. 117 ff.; *Keggenhoff*, Internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren - Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen gem. Art. 3 I EuInsVO bei Gesellschaften und juristischen Personen (2006), S. 106 ff.; *Rotstegge*, ZIP 2008, 955 (960 f.).

25 Vgl. knapp *Rotstegge*, ZIP 2008, 955 (960).

26 *Pannen*, Europäische Insolvenzverordnung (2007), Art. 3 Rdnr. 41; *Vallender*, KTS 2005, 283 (292); *Kübler*, in: FS Gerhardt, 2004, S. 527 (548 ff.).

schäftsräume, den Einsatzort von Angestellten oder die Belegenheit der Geschäftskonten[27]. Diese Rechtsprechung bedeutet jedoch nicht, dass unterschiedliche Insolvenzgerichte für die Insolvenz von Mutter- und Tochtergesellschaft zuständig sein müssen. Denn da der *EuGH* darauf verzichtet hat, feste Kriterien für die Widerlegung der Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO zu bestimmen, kann auch der Satzungssitz theoretisch als Interessenmittelpunkt widerlegt werden, wenn die inneren Abläufe, d.h. die sog. „head office functions" wenigstens nach außen Ausdruck gefunden haben. Dieser Ansatz ist zwischen „business activity"- und „mind of management"-Theorie anzusiedeln[28].

Der vom *EuGH* in seinen Beispielen geäußerte strikte Maßstab für die Widerlegung des Satzungssitzes als Interessenmittelpunkt scheint jedoch eine Auslegung nach Maßgabe der vermittelnden Ansicht kaum zuzulassen[29]. Teilweise wird behauptet, der *EuGH* stelle in dem in der Entscheidung angeführten Beispiel gerade nicht auf den Verwaltungssitz ab, sondern spreche nur von werbender Tätigkeit. Damit lasse er eine Widerlegung mit dem Verwaltungssitz zu[30]. So wünschenswert eine konzerngerichtsstandsgünstige Auslegung der Rechtsprechung auch ist, kann die Entscheidung doch nicht in diese Richtung gedeutet werden. Dass der *EuGH* durch seine Beispielwahl strenge Anforderungen an die Widerlegung gestellt hat, streitet gegen eine solche Auslegung. Zudem liefe die Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO letztlich leer. Nimmt man das vom *EuGH* aufgestellte Objektivitätskriterium der Feststellbarkeit ernst – im Einklang mit Erwägungsgrund 13 EuInsVO – und beachtet man die Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO, dann kann nicht jede nach außen erkennbare Verwaltung am Sitz der Mutter den Interessenmittelpunkt begründen. Dies zeigt das Beispiel einer in einem anderen Staat als die verwaltende Muttergesellschaft werbende Tochtergesellschaft, die an diesem Ort erhebliche Sachmittel, Arbeitnehmer, etc. unterhält. Deren Verwaltung am Sitz der Mutter erscheint gerade nicht ohne Weiteres sachdienlich. Hinzu kommt, dass ansonsten im Fall einer Konzerninsolvenz entgegen der Absicht des *EuGH* eine Widerlegung wohl in den meisten Fällen möglich wäre. Denn für die Gläubiger wird in

---

[27] Vgl. nur *Schwemmer*, NZI 2009, 355 (356) m.w.N.

[28] In diese Richtung auch schon *AG München*, ZIP 2004, 962 (963) (*Hettlage*); nach *Eurofood* wohl auch der *High Court of Justice London*, Urt. v. 03.07.2009 – [2009] EWHC 1441 (Ch), ZIP 2009, 1776 m. zust. Anm. *Schmidt*, EWiR 2009, 571.

[29] So auch *Oberhammer*, KTS 2009, 27 (32 ff.).

[30] *Weller*, ZGR 2008, 835 (856 f.); *Rotstegge*, ZIP 2008, 955 (960).

der Regel erkennbar sein, dass es sich um eine konzerngebundene Gesellschaft handelt[31]. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis würde umgekehrt.

c) Gegenargument Vertrauensschutz

Was aber spricht für diese restriktive Auslegung des *EuGH* und den strengen Maßstab für die Widerlegung der Satzungssitzvermutung? Warum sollte ein Insolvenzverfahren über eine Tochtergesellschaft nicht am Sitz der Mutter eröffnet werden, wenn dort zwar keine werbende Tätigkeit, aber die gesamte Verwaltung der Tochter erfolgt? Weitestgehend wird die Zuständigkeit am Sitz der Mutter mit Vertrauensschutzerwägungen zugunsten der Gläubiger abgelehnt[32].

Offensichtlichster Bezugspunkt für ein Vertrauen der Gläubiger ist die Anwendung eines konkreten Insolvenzstatuts und somit die Durchführung des Verfahrens in einem bestimmten Staat. Dem *Virgõs/Schmit*-Bericht zufolge sei die Insolvenz ein konkretes Risiko. Um dieses Risiko einschätzen zu können, müsse die Zuständigkeit an einem Ort liegen, den die potentiellen Gläubiger kennen[33]. Dabei kann es jedoch nicht auf den Zeitpunkt ankommen, indem eine Verbindlichkeit begründet wird. Denn die EuInsVO will keinesfalls vor einer Verlagerung des Interessenmittelpunkts zwischen Vertragsschluss und Insolvenzeröffnung schützen[34]. Dass sich das Insolvenzstatut ändert, ist Konsequenz der Anknüpfung des Art. 4 EuInsVO an die *lex fori*. Eine Verlagerung des Interessenmittelpunkts ist vor dem Hintergrund der europäischen Grundfreiheiten aber grundsätzlich unbedenklich[35]. Dies wird auch im nationalen Kontext nicht anders beurteilt. Ein Grund für eine Differenzierung zwischen nationalen und grenzüberscheitenden Sachverhalten ist in einem von Grundfreiheiten geprägten Binnenmarkt nicht ersichtlich. Hinzu kommt, dass der Verordnungsgeber ein starres Anknüpfungsmoment gewählt hätte, wäre es sein Ziel gewesen, einen dauerhaft feststehenden bzw. schwerer beeinflussbaren Ort für die internationale Zuständigkeit zu schaffen. Die Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO schützt zwar die Gläubiger automa-

---

31 Vgl. nur das Beispiel von *Paulus*, der darauf abhebt, dass die Gläubiger im Namen „Parmalat GmbH“ wohl eher auf das „Parmalat“ als auf das „GmbH“ achten, EuInsVO, 2. Aufl. (2008), Einl. Rdnr. 48; *ders.*, ZIP 2005, 1948 (1951).

32 Statt vieler mit deutlicher Betonung des Vertrauensschutzes und weiteren Nachweisen *Lüer*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, Art. 3 EuInsVO Rdnr. 33.

33 *Virgõs/Schmit*-Bericht, Rdnr. 75.

34 Ebenso *Oberhammer*, KTS 2009, 27 (35).

35 Ausführlich *Eidenmüller*, KTS 2009, 137 ff., der sodann auch die Ausnahmen herleitet; siehe dazu unten.

tisch durch die Anknüpfung an den Satzungssitz. Dadurch wird aber der Vertrauensschutz nicht zum obersten Kriterium der Zuständigkeitsbestimmung erhoben. Dies unterstreicht gerade der Charakter als bloße widerlegliche Vermutung. Schließlich erscheint es kaum vertretbar, den Ort der Verfahrenseröffnung allein nach Vertrauenskriterien zu bestimmen, sagt doch die Kenntnis der Gläubiger von einer bestimmten örtlichen Bindung des Schuldners wenig darüber aus, ob der Ort der vorteilhafteste, sachnächste oder überhaupt tauglich für die Durchführung eines Insolvenzverfahrens ist[36]. Die Vorstellung der Gläubiger garantiert keinesfalls eine effektive Verwaltung. Ganz im Gegenteil: Für die internationale Zuständigkeit wurde in der EuInsVO gerade nicht an den Sitz der (meisten/Haupt-)Gläubiger, d.h. ihre „Perspektive" angeknüpft.

Der *EuGH* äußert sich in *Eurofood* nicht ausdrücklich über die Person des Dritten, für den die die Zuständigkeit begründenden objektiven Elemente feststellbar sein müssen. Doch liegt es fern, dass der *EuGH* mit dieser Formulierung auf die Insolvenzgläubiger, d.h. die Gesamtheit der oder den Antrag stellenden Gläubiger, abgestellt und somit auf deren Schutz gezielt hat. Die Gläubigergesamtheit existiert in diesem Sinne nicht und eine einheitliche Wahrnehmung ist nicht sichergestellt. Die Zuständigkeit hingegen an der Perspektive eines Gläubigers festzumachen, ist ebenfalls bedenklich, zumal dieser Anknüpfungspunkt bei einem Schuldnerantrag vollständig leer liefe. Damit verbleibt allein die Möglichkeit, den Interessenmittelpunkt aus Sicht eines objektiven Dritten, d.h. eines potentiellen Gläubigers zu betrachten[37]. Da aber auch dieser und sein Umfeld selbst hypothetisch schwer zu bestimmen sind, läuft die Beurteilung letztlich auf eine solche aus Sicht des Gerichts hinaus[38].

Die Gläubiger stehen auch bei einem für sie unerwarteten Verfahren nicht schutzlos. Zum einen kommen ihnen die Sonderkollisions- und –sachnormen der Art. 5 ff. EuInsVO zugute. Zum anderen ist die Alternative zu einem Hauptverfahren nicht, dass gar kein Verfahren im Inland stattfindet, sondern die Regel, dass ein Sekundärverfahren eröffnet wird. Dieses wiederum folgt den Regeln der *lex fori*. Durch eben diesen Mechanismus schränkt die EuInsVO ein vermeintliches Vertrauen der Gläubiger auf Beteiligung an einem bestimmten (Haupt)-Insolvenzverfahren in (nur) einem Staat systembedingt allerdings selbst ein. Durch die extensive Zulässigkeit von Sekundärverfahren müssen die Gläubiger stets mit

---

[36] So wohl auch *Paulus*, ZIP 2005, 1948 (1951); *Oberhammer, KTS 2009, 27 (35 f.).*

[37] So auch die Schlussanträge des Generalanwalts beim *EuGH*, *EuGH*, GA Schlussanträge v. 10.3.2011 – Rs. C-396/09, *Interedil*, ZInsO 2011, 962 (967).

[38] So auch *Paulus,* EuInsVO, Art. 3 Rdnr. 22; *ders.*, NZG 2006, 609 (612).

der Eröffnung eines (und somit Beteiligung an einem) Sekundärverfahrens in einem anderem als ihrem Sitzstaat rechnen.

Vertrauensschutzerwägungen sind zudem rechtspolitisch instrumentalisierbar.[39] Dies verdeutlicht folgendes Beispiel: Wie hätte der *EuGH* in der Rechtssache *Eurofood* entschieden, wenn der Name der Tochtergesellschaft anders gelautet hätte, etwa den Begriff „Parmalat" enthalten hätte[40]? Eine Konzernzugehörigkeit wäre für Dritte – sowohl die Gläubiger als auch das Gericht – jedenfalls ersichtlich gewesen. Wenn es aber doch die Regel, oder aber zumindest häufig der Fall ist, dass die Tochtergesellschaft der Unternehmensleitung ihrer Muttergesellschaft untersteht, stellt sich doch die pauschale Absage an eine Zuständigkeit am Ort der Obergesellschaft gerade gegen eine Argumentation auf der Grundlage des Gläubigervertrauens.

d) Ziele des Insolvenzverfahrens als Auslegungsgerüst

Statt bei der Auslegung des Art. 3 EuInsVO auf das Vertrauensschutzkriterium abzustellen, bietet sich daher eine Auslegung anhand insolvenzrechtlicher Ziele an. Zwei Aspekte des Insolvenzverfahrens sind dabei beachtenswert: Die Natur des Verfahrens als (Gesamt)Vollstreckung und die diesem innenwohnenden wirtschaftlichen Ziele, d.h. Gläubigerbefriedigung, bestenfalls durch Sanierung.

Ersteres legt es nahe, für die Zuständigkeit auf die Vermögensbelegenheit abzustellen. Sinn und Zweck der vollstreckungsrechtlichen Fokussierung auf das Vermögen ist der einfache und effektive Zugriff des Vollstreckungsorgans. Daher knüpft das Einzelzwangsvollstreckungsrecht die Zuständigkeit in der Regel an die Vermögensbelegenheit[41]. Dies scheint sich somit auch für die EuInsVO als gesamtvollstreckungsrechtliches Regelwerk anzubieten. So ermöglicht Art. 3 III EuInsVO Sekundärverfahren in einem Niederlassungsstaat, da dort in der Regel Vermögen belegen ist[42]. Sofern es um die bloße Liquidation geht, ist eine Zustän-

---

39 So *Paulus*, NZI 2005, 1948 (1951) sowie *Oberhammer*, KTS 2009, 27 (35, 37 ff.) der befürchtet, dass durch Vertrauenserwägungen einzelne Interessengruppen, etwa Banken, geschützt werden sollen.

40 So auch kritisch *Paulus*, NZG 2006, 609 (612).

41 Vgl. nur 764 II ZPO sowie § 828 II ZPO i.V.m. § 23 ZPO, welche die Zuständigkeit gezielt typisiert am Ort der Vermögensbelegenheit lokalisieren, Musielak/*Lackmann*, Zivilprozessordnung, 7. Aufl. (2009), § 828 Rdnr. 1; Stein/Jonas/*Brehm*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 8, 22. Aufl. (2004), § 828 Rdnrn. 4 ff.

42 *Poertzgen/Adam*, ZInsO 2006, 505 (506).

digkeit am Ort des Großteils der Masse sinnvoll. Wird aber eine Sanierung angestrebt, setzt dies eine Verwaltung der Masse, des Schuldnerunternehmens voraus. Hierfür ist nicht primär die Vermögensbelegenheit, sondern der Ort der optimalen Unternehmensleitung bzw. -verwaltung entscheidend. Sofern dies bei Konzerninsolvenzen der Ort der Muttergesellschaft ist, erleichtert der gesamtvollstreckungsrechtliche Zugriff durch das Insolvenzgericht und den Insolvenzverwalter am Ort der Unternehmensleitung die Sanierung. Selbstverständlich könnte dabei nicht außer Betracht bleiben, wie die Beherrschungsverhältnisse zwischen den Gesellschaften ausgestaltet sind[43]. Werden nur wenige, unbedeutende Entscheidungen von der Muttergesellschaft getroffen, muss dies kein Vorteil für die Verwaltung sein, wenn an diesem Ort das Verfahren eröffnet wird.

Die Vollstreckung dient in erster Linie der Befriedigung der Gläubiger. Dieses Ziel des Insolvenzverfahrens bedingt wirtschaftliche Überlegungen. Zwischenziel der Gläubigerbefriedigung sind stets die Sicherung und die Maximierung der Masse. Sieht man die Sanierung als der Liquidation vorangestelltes Ziel des Insolvenzverfahrens, da sie in der Regel eine höhere Befriedigungsquote verspricht, so ist evident, dass der Zugriff des Verwalters auf bestehende Strukturen eines Unternehmens, etwa Personal, Geschäftsbeziehungen, Daten oder Infrastruktur für die Sanierung nur förderlich sind. Massezehrende betriebliche Umstrukturierungen können so zugunsten der Gläubiger vermieden werden.

e) Maßstäbe der Zuständigkeitsbestimmung

Häufig fallen Verwaltung, werbende Tätigkeit und Vermögensbelegenheit am Satzungssitz zusammen. Dann stellt sich das Zuständigkeitsproblem nicht. Die Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO hat insofern ihre Berechtigung. Ist dies aber nicht der Fall, sind durchaus Konstellationen vorstellbar, in denen es praktikabel sein kann, den Verwalter am Verwaltungssitz einzusetzen, anstatt zu verlangen, dass langwierig Leitungsstrukturen vom Satzungssitz oder dem Ort der Vermögensbelegenheit geändert werden müssen. Dass bei der Bestimmung der Zuständigkeit das Ziel der Gläubigerbefriedigung durch effektiven Zugriff auf die Masse, d.h. eben auch auf die Konzernstrukturen zum Zweck der Sanierung, eine Rolle

43 Für die Beachtung der Beherrschungsverträge vgl. *Deyda*, Der Konzern im Europäischen internationalen Insolvenzrecht (2008), S. 102 ff.

spielen sollte, kann kaum bezweifelt werden[44]. Erscheint es aber dann nicht sinnvoll, den Interessenmittelpunkt einer insolventen (Tochter)Gesellschaft am Sitz der leitenden Obergesellschaft zu verorten, wenn den Gläubigern dadurch Vorteile entstehen? Genau dieses Ziel verfolgt auch Art. 3 EuInsVO, der nach einhelliger Meinung, die sachnächsten Gerichte und das optimale Insolvenzrecht bestimmen soll[45]. Die Sachnähe kann wiederum nur die Gerichte und das Recht meinen, welches den Zielen der Verordnung und des Insolvenzverfahrens am ehesten Rechnung trägt. Diese Vorteile für die Gläubiger können in vorteilhaften Anfechtungsregeln[46] oder sonstigen Mechanismen des Insolvenzstatuts bestehen, die Vermögensbelegenheit betreffen oder schlicht im vereinfachten und so wenig kostenintensiven Zugriff des Verwalters auf gewachsene Strukturen liegen.

Dass solche Erwägungen eine gewichtige Rolle spielen, hat beispielsweise das *AG Köln* in einer Entscheidung bestätigt[47]. Dort wurde ein Insolvenzverfahren in Deutschland eröffnet, obwohl es sich um eine potentiell missbräuchliche Verlegung des Interessenmittelpunkts von Luxemburg nach Köln am Vorabend der Insolvenz handelte. Trotz des Satzungssitzes in Luxemburg und der von dort aus bis zuletzt ausgeführten werbenden Tätigkeit und Verwaltung, eröffnete das *AG Köln* das Insolvenzverfahren und hielt sich für zuständig. Die zentrale Frage war hier zwar, wie mit der vermeintlich rechtsmissbräuchlichen Verlagerung des Interessenmittelpunkts umzugehen ist, doch hat das Gericht dabei inzident das Gläubigerinteresse für bei der Bestimmung des Interessenmittelpunkts relevant erklärt, und damit über andere Kriterien zur Bestimmung des Interessenmittelpunkts gehoben, insbesondere den Vertrauensschutz. Die Verlagerung hatte stattgefunden, um in Deutschland eine Sanierung zu ermöglichen. Da diese durchführbar bleiben sollte, nahm das Gericht seine Zuständigkeit an. Damit blieb das begehrte deutsche Recht anwendbar.

Übertrüge man diese Überlegungen auf Art. 3 I EuInsVO und die *Eurofood*-Entscheidung des *EuGH*, wäre zwar grundsätzlich nach den oben der *Eurofood*-

---

44 Dies sieht sowohl *Paulus*, ZIP 2005, 1948 (1951), als auch wohl implizit der sonst einem Konzerngerichtsstand kritisch gegenüber stehende *Vallender*, im Beschluss *AG Köln*, ZIP 2004, 471 (475), so; *ders./Deyda*, NZI 2009, 825 (828).

45 Vgl. statt Vieler *Paulus*, EuInsVO, 2. Aufl. (2008), Art. 3 Rdnr. 28; *AG Hamburg*, NZI 2006, 486.

46 Der *EuGH* hat in der Rechtssache *Deko Marty/Belgium*, Urt. v. 12.2.2009 – Rs. C-339/07, NJW 2009, 2189 entschieden, dass auch Insolvenzanfechtungsklagen unter die Zuständigkeit des Art. 3 EuInsVO fallen.

47 NZI 2008, 257 m. Anm. *Paulus*, *EWiR* 2008, 531; vgl. auch *Frind*, ZInsO 2008, 261 m. abl. Abm. zu *AG Köln*, Beschl. v. 1.2.2008 – 73 IN 682/07, ZInsO 2008, 215, unter Berücksichtigung der hier zitierten Entscheidung.

Entscheidung entnommenen Leitgedanken auf die Erkennbarkeit objektiver Umstände für Dritte abzustellen, ansonsten im Zweifel der Satzungssitz als Gerichtsstand anzunehmen. Da aber der Vertrauensschutz eine dem *EuGH* entsprechende strenge Auslegung nicht gebietet, könnte über das Merkmal der Erkennbarkeit hinweggesehen werden, wenn insolvenzrechtliche Ziele die Durchführung des Verfahrens an einem anderen Ort, etwa dem Verwaltungssitz, nahelegen. Dies könnte dann wiederum der Sitz der Muttergesellschaft sein, sodass ein Konzerngerichtsstand bestünde. Allerdings müsste die *Eurofood*-Entscheidung insofern eingeschränkt, die Widerlegung der Vermutung flexibler gehandhabt werden.

f) Bedenken gegen wirtschaftliche Kriterienbildung/Einzelfallbetrachtung

Eine solch stark anhand teleologischer Kriterien orientierte Auslegung des Art. 3 I EuInsVO wirft trotz aller Vorteile Bedenken auf. Selbstverständlich muss sich die Auslegung des Art. 3 I EuInsVO an normativen Kriterien orientieren. Diesen erforderlichen normativen Kriterien stehen scheinbar die tatsächlichen wirtschaftlichen Vorteile gegenüber, die eine konkrete Fallkonstellation prägen und nach den obigen Überlegungen die Richtung für die Auslegung weisen sollen. Die normativen Kriterien sind jedoch bereits durch das insolvenzrechtliche Ziel der Gläubigerbefriedigung ausgefüllt. An dieses knüpfen sodann die tatsächlichen wirtschaftlichen Aspekte an. Somit bedarf es entgegen dem ersten Anschein keiner Normativierung aller erdenklichen Konstellationen. Vielmehr sind die maßgeblichen normativen Maßstäbe von der EuInsVO und dem Insolvenzrecht vorgegeben. Lediglich deren tatsächliche Verankerung im konkreten Fall fehlt, etwa anhand typisierter Fallgruppen.[48]

Bedenklich scheint, dass es praktisch schwierig sein dürfte, die wirtschaftliche Situation ausreichend konkret zu bestimmen, um festzustellen, ob es vorteilhaft ist, das Verfahren an einem bestimmten Ort durchzuführen. Allerdings erfordert auch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens eine wirtschaftliche Prognose allein über die Deckung der Verfahrenskosten. Zudem zeigt die Entscheidung des *AG Köln*[49], dass es nicht nur auf betriebswirtschaftliche Details, sondern vielmehr eine

[48] Der Generalanwalt beim EuGH spricht nunmehr ebenfalls von einer werten Gesamtbe trachtung im Einzelfall, *EuGH*, *EuGH*, GA Schlussanträge v. 10.3.2011 – Rs. C-396/09, *Interedil*, ZInsO 2011, 962 (967). Obwohl es dabei nicht um eine Konzerninsolvenz ging, dürfte dies als Auslegungsgrundsatz für Art. 3 I 2 EuInsVO dennoch auch im Falle kon zernier ter Gesellschaften gelten.

[49] NZI 2008, 257.

Gesamtbetrachtung ankommt, ob etwa ein bestimmtes Insolvenzrecht überhaupt eine Sanierung oder Liquidation auf bestimmte Art und Weise erlaubt oder bestimmte andere erstrebenswerte Rechtsfolgen zeitigt. Ausgehend von den meist zwei in Betracht kommenden Insolvenzrechten ist diese Entscheidung in der Regel noch relativ leicht zu treffen. Dem vorgelagert ist jedoch die Frage zu beantworten, wem konkret ein bestimmtes Recht zugutekommt. Solange es um generell die Masse mehrende Vorteile geht, stellt dies kein Problem dar. Umso verschiedenere Interessen existieren, da etwa die Gläubiger sich in unterschiedlichen Staaten befinden, bestimmte Sicherheiten nach einem bestimmten Recht für sie vorteilhafter zu verwerten sind, Gläubigergruppen unterschiedlich gebildet werden o.ä., desto schwieriger findet sich hier eine Lösung. Denn zugunsten des Großteils der Gläubiger andere zu benachteiligen, verstößt jedenfalls gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger. Damit sind Fälle, in denen eine solche Abwägung zugunsten bzw. zulasten einzelner Gläubiger vorzunehmen ist, bedenklich. Es bliebe bei der strikten Orientierung am Regel-Ausnahme-Verhältnis und dem strengen Maßstab des *EuGH* für die Widerlegung der Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO.

Damit stünden der oben angedeuteten Auslegung aber Konstellationen offen, die einen universellen Vorteil versprechen, in denen die Gleichbehandlung der Gläubiger nicht ausgehöhlt wird. Aufgrund der Anzahl unterschiedlicher tatsächlicher und rechtlicher Konstellationen bei der Insolvenz verflochtener Unternehmen, liefe dies auf Einzelfallentscheidungen hinaus, in denen eine Widerlegung der Vermutung zugunsten des Satzungssitzes vorteilhaft erscheint und daher nicht dem strengen Maßstab des *EuGH* unterliegen sollte. Statt materieller Nachteile aufgrund des anwendbaren Sachrechts, stellt sich hier allein die Frage nach der einzelnen Gläubigern zuzumutenden Rechtsverfolgungslast. Freilich schützt hier die weite Sekundärzuständigkeit lokale (Klein-) Gläubiger, was eine Abwägung zugunsten der materiellen Vorteile für die Masse ausschlagen lässt. Materielle Einwände gegen eine Einzelfallentscheidung, die zugunsten aller Gläubiger ausfällt, sind nicht ersichtlich.

Damit wäre die Zuständigkeitsbestimmung jedoch einem gewissen Ermessen der Gerichte ausgesetzt. Potentiell ermessensfehlerhafte Einzelfallentscheidungen berühren nicht, wie oft vorgebracht[50], die Rechtssicherheit. Rechtssicherheit wird in diesem Zusammenhang als Schutz des berechtigten Vertrauens und der Vor-

---

[50] Vgl. nur Uhlenbruck/*Lüer*, Insolvenzordnung, 13. Aufl. (2010), Art. 3 EuInsVO Rdnr. 31 m.w.N.

hersehbarkeit von Risiken verstanden[51]. Dies betrifft aber wiederum nur die Gläubiger. Dass diesen kein Vertrauensschutz zukommen muss, insbesondere das Risiko des in einem anderen Staat eröffneten Insolvenzverfahrens dem auf Freizügigkeit basierenden System immanent ist, wurde bereits erläutert. Letztlich wäre eine Bestimmung des Interessenmittelpunkts anhand Vertrauensschutzerwägungen möglicherweise ebenso unsicher, je nachdem, welche Maßstäbe angelegt werden.

Allerdings ergeben sich aus einer solchen Einzelfallentscheidung verfahrensrechtliche Probleme. Während positive Kompetenzkonflikte weitestgehend durch das Prioritätsprinzip gelöst werden[52], sind negative Kompetenzkonflikte mangels Verweisungsmöglichkeit im Anwendungsbereich der EuInsVO zwar ohnehin nicht vollständig auszuschließen[53], doch verstärkt eine derart starke Gerichtsautonomie bei der Zuständigkeitsbestimmung die Problematik. Die Feststellung bestimmter Vorteile eines potentiellen Insolvenzstatuts kann unterschiedlich ausfallen, sodass sich zwei Gerichte selbst für unzuständig, aber gegenseitig (oder Dritte) für zuständig erachten[54]. Zudem müssen die Gerichte fremdes Recht anwenden und dieses ebenfalls wiederum auslegen, was divergierende Beurteilungen der Vorteile, die aus der Anwendung eines Insolvenzstatuts folgen, umso wahrscheinlicher macht. Die direkte Zuständigkeit, die Art. 3 EuInsVO anstrebt, um eine universell wirkende Verfahrenseröffnung zu erzielen, verfehlte dann ihre Wirkung. Dies wiederum betrifft die Gläubigerinteressen, da die zügige Eröffnung massesichernd wirkt. Jedenfalls soweit, wie zumindest ein Gericht seine Zuständigkeit annimmt, ist das Vertrauen der Gläubiger schützenswert.

Mangels Verweisungsregeln kommt eine zweckgerichtete Auslegung also nur in Betracht, wenn sich negative Kompetenzkonflikte vermeiden lassen und die Verfahrenseröffnung nicht zulasten der Gläubiger herausgezögert wird. Ein gewisses Maß an Rechtssicherheit hinsichtlich der Zuständigkeitsverortung ist daher sehr wohl unabdingbar. Dies gilt sowohl für die angerufenen Gerichte, denen ein Rahmen vorgegeben werden muss, als auch für die Gläubiger, die zum Zeitpunkt der Antragstellung absehen können müssen, wo die Zuständigkeit wahrscheinlich

---

51 Uhlenbruck/*Lüer*, Insolvenzordnung, 13. Aufl. (2010), Art. 3 EuInsVO Rdnr. 33 m.w.N.

52 *Pannen*, Europäische Insolvenzverordnung (2007), Art. 3 Rdnrn. 7, 86 ff. m.w.N.

53 Vgl. zu Kompetenzkonflikten etwa Rauscher/*Mäsch*, Europäisches Zivilprozessrecht, Band 2, 2. Aufl. (2006), Art. 3 EuInsVO Rdnrn. 37 ff.; *Adam*, Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz internationaler Unternehmensverbindungen (2006), S. 142; *Pannen*, in: Pannen, Europäische Insolvenzverordnung (2007), Art. 3 Rdnrn. 86 ff.

54 Faktisch würde damit eine Art *forum non conveniens*-Doktrin geschaffen; zu dieser in grenzüberschreitenden Fällen vgl. *Gottwald*, in: FS Jayme, Bd. I (2004), S. 277.

angenommen wird. Dies lässt sich, soll die Möglichkeit eines Konzerngerichtsstands erhalten bleiben, nur anhand typisierter Fallgruppen erreichen. Dass sich solche allerdings verlässlich bilden lassen, ist nicht zuletzt aufgrund der Vielgestaltigkeit denkbarer Fälle zweifelhaft.

Diese Vielgestaltigkeit führt schon zu definitorischen Schwierigkeiten. Wann kann von einem Konzern gesprochen werden? Sollen alle konzernierten Gesellschaften gleich behandelt werden? Der Grad der Verbundenheit hat dabei sicherlich entscheidende Bedeutung, um interne Strukturen zu ermitteln und so zu bestimmen, ob eine einheitliche Verwaltung in Frage kommt[55].

Schließlich stellt sich ein praktisches Problem. Gem. § 5 I InsO muss das Insolvenzgericht alle Umstände von Amts wegen ermitteln, die für das Insolvenzverfahren von Bedeutung sind. Darunter fällt insbesondere auch die (internationale) Zuständigkeit[56]. Für die feststellungsbedürftigen Tatsachen kann gem. § 5 I 2 InsO ein Sachverständiger bestellt werden. Dies kann schließlich auch der vorläufige Insolvenzverwalter sein[57]. Der Sachverständigenvortrag dient insbesondere der Feststellung der Eröffnungsvoraussetzungen, somit auch des Insolvenzeröffnungsgrunds[58]. Die hierfür zu ermittelnden wirtschaftlichen Verflechtungen sind gleichsam behilflich, die internationale Zuständigkeit nach Art. 3 EuInsVO zu ermitteln. Damit wird dem Insolvenzverwalter erheblicher Einfluss auf die Zuständigkeitsbestimmung eingeräumt, mithin ein *forum shopping* der Insolvenzverwalter ermöglicht. Anreize, die Zuständigkeit der Gerichte eines bestimmten Forums zu begründen, bietet beispielsweise die Höhe der Verwaltervergütung, sodass die (vorläufigen) Insolvenzverwalter häufig treibende Kraft bei der Zuständigkeitsbegründung sind[59]. Damit finden unkalkulierbare Variablen Eingang in die ohnehin komplexe Zuständigkeitsbestimmung.

Doch selbst wenn diese Hindernisse überwunden würden, bildet das autonome materielle und Verfahrensinsolvenzrecht Hürden für eine erfolgreiche Zuständigkeitskonzentration bei Konzerninsolvenzen. Zum einen existieren weitestgehend

---

55 So will auch *Paulus* nach dem Grad der Verbundenheit differenzieren, ZIP 2005, 1948 (1952), ohne allerdings fest Kriterien zu nennen; vgl. auch *Pannen*, Europäische Insolvenzverordnung (2007), Art. 3 Rdnr. 52; zur Berücksichtigung der Beherrschungsverhältnisse aufgrund von Beherrschungsverträgen, *Deyda*, Der Konzern im Europäischen internationalen Insolvenzrecht (2008), S. 102 ff.

56 *BGH*, NZI 2008, 121 f.; *Kirchhof*, in: Heidelberger Kommentar z. InsO, 5. Aufl. (2008), § 5 Rdnr. 5; Braun/*Bußhardt*, Kommentar z. InsO, 4. Aufl. (2010), § 5 Rdnr. 6.

57 *Huntemann/Brockdorf*, Der Gläubiger im Insolvenzverfahren, S. 67

58 *Kirchhof*, in: Heidelberger Kommentar z. InsO, 5. Aufl. (2008), § 5 Rdnr. 5.

59 Ebenso kritisch und deutlich *Oberhammer*, KTS 2009, 27 (32).

keine Regelungen über die örtliche Zuständigkeit einer Konzerninsolvenz, sodass die Konzentration der internationalen Zuständigkeit auf nationaler Ebene ausgehebelt würde, wenn die örtliche Zuständigkeit für die Verfahren über einzelne Gesellschaften auseinanderfällt[60]. Zudem stehen sich auch bei einer Verfahrenskonzentration noch immer verschiedene Haftungsmassen der einzelnen Gesellschaften gegenüber[61]. Nur wenn Gläubiger von Tochter und Mutter weitgehend identisch sind, kommt eine autonome Verschmelzung durch einen Insolvenzplan in Betracht (sog. Masterplan)[62]. Ansonsten verbleiben allein verfahrensrechtliche Vorteile bezüglich der Verwaltung.

3. Fazit: Konzerngerichtsstand juristischer Personen

So erstrebenswert eine flexible Handhabung der Zuständigkeitskriterien des Art. 3 I EuInsVO insbesondere hinsichtlich des Maßstabs für die Widerlegung der Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO auch sein mag, so deutlich sind doch deren Hindernisse. Vor dem Hintergrund der eben erläuterten Bedenken erscheint auch die *Eurofood*-Entscheidung des *EuGH* sachgerecht. Durch eine weite Auslegung des Art. 3 I 2 EuInsVO zugunsten eines Konzerngerichtsstands wäre einer reinen Ermessensentscheidung bei der Zuständigkeitsbestimmung durch die Gerichte der Weg geebnet. Damit hätten sicherlich einige Konzerninsolvenzen im Ergebnis befriedigend gelöst werden können, doch wäre das erforderliche Maß an Rechtssicherheit, um zumindest die Eröffnung eines Hauptverfahrens zu garantieren, auf der Strecke geblieben.

Daher hat die Vermutung des Art. 3 I 2 EuInsVO letztlich in vielen Konzerninsolvenzfällen ihre Berechtigung, da sie einen Mittelweg zwischen starrer Anknüpfung an den Satzungssitz und flexibler Auslegung darstellt. Eine starre Anknüpfung an den Satzungssitz[63] würde dagegen das *forum shopping* umso mehr fördern und letztendlich die Durchführung der Insolvenz am Standort des Briefkastens bedeuten.

---

60 *Vallender/Deyda*, NZI 2009, 825 (832 f.).

61 Zur materiellen Verfahrenskonzentration *Paulus*, NZI 2005, 1948 (1951 ff.).

62 Vgl. zum Planverfahren in der Konzerninsolvenz *Rotstegge*, Konzerninsolvenz (2007), S. 27 ff.

63 Dies befürwortet etwa *Eidenmüller*, um ein einheitliches Gesellschafts- und Insolvenzstatut zu erreichen, KTS 2009, 137 (159).

Nach der derzeitigen Fassung der EuInsVO ist ein Konzerngerichtsstand somit im Regelfall ausgeschlossen, wenn Mutter- und Tochtergesellschaft in unterschiedlichen Jurisdiktionen tätig sind. Es bedürfte daher einer legislativen Änderung der Verordnung, wollte man Konzerninsolvenzen sachgerecht regeln. Ein für alle Konstellationen passendes Kriterium für die internationale Zuständigkeit zu finden, scheint allerdings schwierig.

IV. Interessenmittelpunkt natürlicher Personen

Mangels Fremdbestimmung existieren die bei (konzernierten) Gesellschaften bestehenden Probleme nicht auf der Ebene der Zuständigkeitsbestimmung bei Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen. Zum einen kommen von vornherein weniger Anknüpfungspunkte für den Interessenmittelpunkt in Betracht. Zum anderen ist das Vermögen meist an einem Ort belegen und die Sanierung, d.h. das Ausnutzen von Verwaltungsstrukturen, ist weniger häufig Ziel des Insolvenzverfahrens. Doch selbst wenn eine Sanierung ansteht, etwa bei Selbständigen, Freiberuflern oder Kaufleuten, beschränken sich die vorhanden Strukturen meist auf einen Ort. Andererseits enthält Art. 3 I EuInsVO keine Vermutung für den Interessenmittelpunkt einer natürlichen Person. Dennoch haben sich hier deutlicher als bei juristischen Personen handhabbare Kriterien herausgebildet.

1. (Nicht selbständig tätige) Privatpersonen

Bei nicht abhängig beschäftigen und nicht selbständig unternehmerisch tätigen Privatpersonen, kommt als Interessenmittelpunkt grundsätzlich ihr Wohnsitz[64] bzw. ihr ständiger Aufenthalt[65] in Betracht. Der Begriff des Wohnsitzes ist europarechtlich nicht einheitlich geprägt und in einigen Rechtsordnungen unbekannt[66].

---

64 Etwa *AG Celle* ZInsO 2005, 895

65 So die ganz herrschende Ansicht, vgl. nur *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 (543 f.); *Mankowski*, NZI 2005, 368 (369); *AG Hamburg*, ZInsO 2007, 503; *High Court of Justice*, Beschl. v. 20.12.2006 – 9849/02, NZI 2007, 361 Tz. 60; *Paulus*, EuInsVO, 2. Aufl. (2008), Art. 3 Rdnr. 24; *Haubold*, in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss (2005), Kapitel 30, Rdnr. 50; *Pannen*, Europäische Insolvenzverordnung (2007), Art. 3 Rdnrn. 20 ff. m.w.N.

66 So etwa in England, wo das *domicile* die Zugehörigkeit zu einer Rechtsordnung kennzeichnet und der Gesetzgeber dort klargestellt hat, dass es für den Wohnsitzbegriff i.S.v. Art. 2 EuGVVO auf einen Aufenthalt (*residence*) mit einer gewissen Verbindung zum Gerichtsstand (*substantial connection*; etwa durch Dauer des Aufenthalts) ankommt; dies entspricht in

Das Gebot der autonomen Auslegung[67] verbietet es zudem, sich nach den Begrifflichkeiten des autonomem Rechts (§ 7 BGB) zu richten. Daher ist es auch abzulehnen, auf den Wohnsitzbegriff des Art. 59 EuGVVO abzustellen[68], da dieser einen Verweis auf das nationale Recht bildet[69], und somit zur Klärung nicht beiträgt. Anstatt auf ein normatives Kriterium wie den Wohnsitz abzustellen, bietet es sich an, einen faktischen Anknüpfungspunkt zu wählen, den gewöhnlichen Aufenthalt. Zwar handelt es sich auch dabei um einen auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff, allerdings sind dessen tatsächliche Voraussetzungen leichter feststellbar und nicht an autonom-normative Vorstellungen gebunden. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts hat sich im Europäischen Zivilverfahrensrecht bereits im Ehe- und Kindschaftsrecht durchgesetzt[70]. Die dort richterlich entwickelten Maßstäbe[71] lassen sich zwar nicht unbesehen übertragen, geben aber zumindest entsprechend der Intention des Art. 3 I EuInsVO einen objektiven Maßstab für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts vor[72]. Dies entspricht wiederum der Entscheidung des *EuGH* in der Sache *Eurofood* und Erwägungsgrund 13 EuInsVO.

Der gewöhnliche Aufenthalt kennzeichnet sich demnach durch zwei Merkmale[73]: Erstens muss der Aufenthalt an einem Ort von gewisser Dauer sein[74]. Zweitens muss es sich bei diesem Ort um den Daseinsmittelpunkt, d.h. den Mittelpunkt der Lebensverhältnisse handeln[75].

---

etwa dem Verständnis vom gewöhnlichen Aufenthalt. Vgl. zum Ganzen *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 1. Aufl. (2010), § 2 Rdnr. 43.

67 Zu diesem Grundsatz, *EuGH*, Urt. v. 22.02.1979 – Rs. C-133/78, *Gourdain/Nadler*, Slg. 1979, I-00733; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 1. Aufl. (2010), § 4 Rdnrn. 44 ff.

68 Vgl. *Huber*, ZZP 114 (2001), 133 (140).

69 *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 1. Aufl. (2010), § 9 Rdnr. 16.

70 Vgl. bspw. Art. 3 EheGVO.

71 Vgl. dazu *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 1. Aufl. (2010), § 7 Rdnrn. 30, 55.

72 *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 1. Aufl. (2010), § 9 Rdnr. 16.

73 Zum Ganzen *Mankowski*, in: v. Bar/Mankowski, Internationales PrivatR I: Allg. Lehren, 2. Aufl. (2003), § 7 Rdnr. 23; *ders.*, NZI 2005, 368 (369 f.).

74 Vgl. als Anhaltspunkt etwa die Entscheidung des *BGH* zum Haager Minderjährigenschutzabkommen, in der eine Dauer von sechs Monaten vorgegeben wird, *BGHZ* 78, 293 (294 f.) = NJW 1981, 520; auch wenn der Aufenthalt noch nicht über einen gewissen Zeitraum bestanden hat, reicht es aus, wenn dieser zumindest auf gewisse Dauer angelegt ist, *BGHZ* 78, 293 (294 f.) = NJW 1981, 520; ebenso *OLG Hamm*, FamRZ 1991, 1346.

75 So die st. Rspr. des *BGH*, vgl. nur *BGH*, NJW 1975, 1068; IPRax 1983, 71; VersR 1983, 858; *BGHZ* 78, 293 (295) = NJW 1981, 520, sowie die internationalprivatrechtliche und –verfahrensrechtliche Literatur, *Mankowski*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2003, Art. 14 EGBGB Rdnr. 50; *Neuhaus*, Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. (1976), S. 225 f.; zur EheGVO *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 1. Aufl. (2010), § 7 Rdnr. 55.

Bei Privatpersonen, deren Ort der abhängigen Beschäftigung in einem anderen Staat als dem des gewöhnlichen Aufenthaltes liegt, kommen zwei Orte als Interessenmittelpunkt in Betracht. Der Interessenmittelpunkt wird nicht rein wirtschaftlich verstanden[76], da er auch nicht wirtschaftlich eingebundenen Privatpersonen attestiert wird. In der Regel verwalten abhängig Beschäftigte ihre Interessen an ihrem gewöhnlichen Aufenthalt, ihrem Daseinsmittelpunkt[77]. Ausgehend vom vollstreckungsrechtlichen Verständnis des Art. 3 EuInsVO scheint dies bei Arbeitnehmern konsequent. Häufigste Massequelle ist das Arbeitseinkommen. Auch in der Einzelzwangsvollstreckung bietet das Einkommen die größten Aussichten auf Befriedigung. Im Einzelzwangsvollstreckungsrecht erfolgt die Pfändung nach § 829 ZPO durch das nach § 828 ZPO zuständige Vollstreckungsgericht am Wohnsitz des Schuldners, dem Ort, an dem sich die zu pfändende Forderung wohl am einfachsten feststellen lässt. Da dieser meist den gewöhnlichen Aufenthalt bildet, wäre die Zuständigkeit hier identisch. Daneben verweist § 828 II ZPO auf § 23 S. 2 ZPO, sodass in Ermangelung eines allgemeinen Gerichtsstands des Schuldners eine Zuständigkeit am Sitz des Drittschuldners begründet wird, dem Ort der Belegenheit der zu pfändenden Forderung und Zustellung des Pfändungsbeschlusses, § 829 III ZPO. Dies wirkt wiederum verfahrensvereinfachend, insbesondere bei einem Wohnsitz des Drittschuldners im Ausland. Auch die von § 23 S. 2 Alt. 2 ZPO vorgesehene Zuständigkeit am Ort der für die Forderung haftenden Sicherheit ist sachdienlich konsequent. Die hinter diesen Zuständigkeiten stehenden einzelzwangsvollstreckungsrechtlichen Erwägungen der Sachnähe des Vollstreckungsgerichts gelten auch für die Beschlagnahme im Insolvenzverfahren. Die grundsätzliche Verortung des Interessenmittelpunkts am gewöhnlichen Aufenthalt ist somit auch bei abhängig beschäftigten Schuldnern sachgerecht. Zwar kann es hier zu einer abweichenden Beurteilung im Einzelfall kommen, doch sind dann wohl entsprechend der *Eurofood*-Entscheidung strenge Maßstäbe anzulegen, insbesondere die verfahrensrechtlich gebotene Rechtssicherheit[78] ist zu beachten.

---

[76] Vgl. *Virgõs/Schmit*-Bericht, Rdnrn. 74 ff.; *Paulus*, EuInsVO, 2. Aufl. (2008), Art. 3 Rdnr. 24.

[77] Ebenso *Paulus*, EuInsVO, 2. Aufl. (2008), Art. 3 Rdnr. 24; Uhlenbruck/*Lüer*, Insolvenzordnung, 13. Aufl. (2010), Art. 3 EuInsVO Rdnr. 10.

[78] Vgl. oben.

2. Selbständig Beschäftige, Freiberufler, Kaufleute und Einzelunternehmen

Wie bei abhängig Beschäftigten kommen bei Schuldnern, die selbständig, freiberuflich, unternehmerisch oder kaufmännisch tätig sind, sowohl der gewöhnliche Aufenthalt als auch der Ort der wirtschaftlichen Betätigung als Interessenmittelpunkt in Betracht. Im Gegensatz zu erstgenannten haben letztere in der Regel den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen am Ort der Tätigkeit[79]. Die Differenzierung ist grundsätzlich gerechtfertigt, liegt es bei Selbständigen gerade in ihren eigenen Händen, auch den Ort der Betätigung zu verwalten. In der Regel wird auch dies der Ort der Vermögensbelegenheit sein, an dem im Falle einer Sanierung, bspw. eines Einzelunternehmens oder Handelsgeschäfts, die wirtschaftlichen Strukturen effektiv genutzt werden können. Hier finden sich wiederum die Kriterien der Sachnähe von Gericht und Verwalter. Damit gilt bei Kaufleuten und Einzelunternehmern der Ort der (Haupt-)Niederlassung, bei Freiberuflern der Ort der Kanzlei oder Praxis[80].

Grund, von dieser Regel abzuweichen, könnten allerdings Fälle bieten, in denen die Insolvenz eines Selbständigen aus seiner privaten Sphäre herrührt. Gegen eine solche Differenzierung im Einzelfall sprechen allerdings oben genannte verfahrensrechtliche Erwägungen zur Rechtssicherheit. Meist wird sich nicht klären lassen oder von außen ersichtlich sein, aus welchem Bereich die Insolvenz resultiert[81], sofern überhaupt getrennte Haftungsmassen eine Trennung beider Sphären rechtfertigen. Daher sollte aus Gründen der Praktikabilität grundsätzlich der Ort der wirtschaftlichen Tätigkeit maßgeblich sein.

V. Zeitpunkt für die Bestimmung des Interessenmittelpunktes

Die sachlichen Kriterien bedürfen bei der Bestimmung der Zuständigkeit einer zeitlichen Fixierung. Diese Frage, geht, wie gesehen, mit der Bestimmung der objektiven Kriterien Hand in Hand. Der *EuGH* hat in der Rechtssache *Staubitz-Schreiber*[82] den Zeitpunkt der Antragstellung für maßgeblich erachtet. Der Ent-

---

[79] So die ganz herrschende Meinung, *Mankowski*, NZI 2005, 368 (370); Rauscher/*Mäsch*, Europäisches Zivilprozessrecht, Band 2, 2. Aufl. 2006, Art. 3 EuInsVO Rdnr. 13; *Pannen*, EuInsVO, Art. 3 Rdnr. 90; *Paulus*, EuInsVO, 2. Aufl. (2008), Art. 3 Rdnr. 25; *BGH*, IPRspr 2006, Nr. 265, 616; ZIP 2007, 878; NZI 2007, 344 (345 Tz. 14)

[80] Dezidiert *Mankowski*, NZI 2005, 368 (370).

[81] So auch *Paulus*, EuInsVO, 2. Aufl. (2008), Art. 3 Rdnr. 25.

[82] *EuGH*, Urt. v. 17.1.2006 – Rs. C-1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber*, Slg. 2006, I-701, NZI 2006, 153.

scheidung liegt ein Fall der Verlagerung des Interessenmittelpunkts, d.h. der Veränderung der tatsächlichen Umstände, an welche die sachlichen Kriterien der Zuständigkeitsermittlung anknüpfen, zugrunde. Da der Zeitpunkt der Bestimmung des Interessenmittelpunkts nur in Fällen dessen Verlegung relevant wird, soll die Problematik anhand dieser dargestellt werden.

1. Begriffsbestimmung und Problemstellung

a) Anreize für ein forum shopping

Die Verlegung des Interessenmittelpunkts sowohl bei natürlichen als auch juristischen Personen erfolgt aus verschiedensten Gründen. Die größte Beachtung hat wohl die Verlegung des Interessenmittelpunkts durch natürliche Personen erfahren, die ein Forum mit einem günstigen Schuldbefreiungsverfahren suchen[83]. Insbesondere die Dauer der Abtretungserklärung über Einkünfte des Schuldners, die Höhe der Pfändungsfreibeträge oder die Verfahrensdauer allgemein scheinen maßgebliche Kriterien zu sein.

Auch bei juristischen Personen liegen die vom Schuldner erstrebten Vor- und Nachteile im materiellen Insolvenzrecht, insbesondere den Vorschriften über die Abwicklung einer Gesellschaft, die Gesellschafter(insolvenz)haftung etc. Grundsätzlich ist die Qualifikation dieser Regelungskomplexe streitig – Art. 4 EuInsVO verweist nur auf das Insolvenzrecht, für das Gesellschaftsstatut gilt aber die Gründungstheorie[84] –, allerdings sind insbesondere im deutschen Recht durch das MoMiG[85] im Zuge des Kampfs gegen innerdeutsches *forum shopping* Anreize für einen Verzug in das Ausland geschaffen worden. Durch das MoMiG wurde die Insolvenzantragspflicht für Gesellschafter erweitert (bei Führungslosigkeit, § 15a InsO), die Gesellschafterhaftung der GmbH verschärft (§ 64 GmbHG) sowie der Nachrang aller Gesellschafterdarlehensforderungen gegenüber anderen Insolvenzforderungen angeordnet (§ 39 InsO)[86]. Solche gläubigerschützenden Vorschriften machen es für inländische Gesellschaften unter Umständen attraktiv, am Vorabend der Insolvenz eine Verlegung des Interessenmittelpunkts anzustrengen[87].

83 Vgl. nur *Hergenröder*, DZWIR 2009, 309 m.w.N. sowie *Knof*, ZInsO 2005, 1017.
84 *EuGH*, Urt. v. 05.11.2002 – Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, NJW 2002, 3614.
85 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, (MoMiG), BGBl. I 2008, 2026.
86 Vgl. zu den Änderungen *Hirte*, ZInsO 2008, 689 ff.
87 Zur GmbH-Bestattung im Ausland bspw. *Weller*, ZIP 2009, 2029.

Dies gilt umso mehr, seit nun durch das MoMiG einige Materien eindeutig dem Insolvenzrecht zugerechnet werden, sich Qualifizierungsschwierigkeiten nicht mehr stellen und somit *forum shoppende* Schuldner „Planungssicherheit" genießen.

Einen zusätzlichen Anreiz zum *forum shopping* hat nun der *EuGH* durch eine neuere Entscheidung zur Zuständigkeit nach der EuInsVO geschaffen. In der Rechtssache *Deko Marty/Belgium*[88] bestätigt er, dass auch Insolvenzanfechtungsklagen unter die in Art. 1 II lit. b EuInsVO genannten Verfahren fallen, sodass für diese das nach Art. 3 EuInsVO zuständige Gericht ist. Damit tritt zu den von einer bestimmten *lex fori concursus* gebotenen Vorteilen ein weiterer Aspekt hinzu. Nunmehr ist es Schuldner möglich, zwischen den unterschiedlichen Anfechtungsregimen das günstigste zu wählen und so die Insolvenzmasse zu schmälern.

b) Nachteile eines forum shopping im Europäischen Insolvenzrecht

Diese und viele andere Vorteile für die Schuldner(gesellschaften) treiben zu einem *forum shopping*, der Wahl des anwendbaren Rechts. Art. 3, 4 EuInsVO sind die „Einfallstore" für eine solche Rechtswahl. Die starre Anknüpfung des Insolvenzstatuts an die *lex fori* und das flexible Zuständigkeitskriterium des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen erlauben im Zusammenspiel eine weitgehende Beeinflussung durch den Schuldner. Das *forum shopping* kann spiegelbildlich zu den Vorteilen für den Schuldner zu Nachteilen auf Gläubigerseite führen. Die EuInsVO hat ausweislich des Erwägungsgrundes 4 die Bekämpfung bzw. Verhinderung von *forum shopping* zum Ziel. Wenn schon die Zuständigkeitskriterien und die Kollisionsnormen dem *forum shopping* keinen Einhalt gebieten (außer vielleicht gegenüber einigen Rechtsordnungen, die deutlich weitere Zuständigkeiten kennen; immerhin sind diese nun einheitlich geregelt und ebenso auszulegen), sollte dann nicht ein *forum shopping* durch andere Maßnahmen verhindert werden?

Eine pauschale Verurteilung der Verlegung des Interessenmittelpunkts und somit des *forum shopping* darf indes nicht erfolgen. Diese verbietet sich schon aufgrund der Niederlassungsfreiheit[89]. Zudem zeigt der Fall des *AG Köln*[90], dass *forum shopping* auch Vorteile für alle Beteiligten haben kann. Da – wie gezeigt – im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren gerade nicht der Vertrauensschutz der

---

88 *EuGH*, Urt. v. 12.2.2009 – Rs. C-339/07, *Deko Marty/Belgium*, Slg. 2009, I-767, NJW 2009, 2189.

89 *Eidenmüller*, KTS 2009, 137 (147).

90 NZI 2008, 257.

Gläubiger an vorderster Stelle steht, sondern insolvenzspezifische[91] Gesichtspunkte maßgeblich sein sollten, scheint es konsequent auch das *forum shopping* entsprechend dieser Maßstäbe zu beurteilen.

c) Simulation

Die sog. Simulation, d.h. das Vortäuschen eines Interessenmittelpunktes im Ausland, ist nicht als Verlegung einzustufen und somit für die Bestimmung des Zeitpunkts der Zuständigkeitsbeurteilung unbeachtlich[92]. Bei der Simulation verbleibt der tatsächliche Interessenmittelpunkt am selben Ort. Für die Zuständigkeitsbestimmung ist der simulierte Interessenmittelpunkt daher unbeachtlich. Wenn das Verfahren trotz fehlender Zuständigkeit eröffnet wird, kommt nur eine Anfechtung der mitgliedstaatlichen Entscheidung mit den Rechtsbehelfen der *lex fori concursus* in Betracht. Eine Berufung auf Art. 26 EuInsVO als Anerkennungsversagungsgrund scheidet aufgrund des deutlich formulierten Ziels der Verordnung, die Anerkennung universell zu gewährleisten, aus, sofern nicht wesentliche Verfahrensgrundrechte, Art. 26 EuInsVO, verletzt sind. Bei der Simulation handelt es sich letztlich nur um eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens erlaubt es, sich auf die mitgliedstaatlichen Rechtsbehelfe zu verlassen[93]. Die richtige Sachverhaltsfeststellung wird den mitgliedstaatlichen Gerichten zugemutet und anvertraut[94].

2. Lösungswege

Wann *forum shopping* verurteilungswürdig ist, soll hier nicht behandelt werden[95]. Der *EuGH* hat sich mit dieser Frage auch bisher nicht befassen müssen. Unzweifelhaft ist allerdings, dass bestimmten Situationen einer Verlegung des Interes-

---

91 Der Begriff soll hier die Orientierung anhand insolvenzrechtlicher Ziele wiedergeben. Vgl. zum „Insolvenzspezifischen" *Zipperer*, KTS 2008, 167.

92 *Mankowski*, NZI 2006, 154; Rauscher/*Mäsch*, Europäisches Zivilprozessrecht, Bd. 2, 2. Aufl. (2006), Art. 3 EuInsVO Rdnr. 35; Gebauer/Wiedmann/*Haubold*, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss (2005), Kapitel 30, Rdnr. 52; wohl auch *Koch*, in: FS Jayme (2004), S. 437 (440).

93 Rauscher/*Mäsch*, Europäisches Zivilprozessrecht, Bd. 2, 2. Aufl. (2006), Art. 26 EuInsVO Rdnrn. 21, 11 m.w.N.

94 Zum Ganzen Rauscher/*Mäsch*, Europäisches Zivilprozessrecht, Bd. 2, 2. Aufl. (2006), Art. 16 EuInsVO Rdnr. 12.

95 Vgl. zum Rechtsmissbrauch ausführlich *Eidenmüller*, KTS 2009, 137 ff.

senmittelpunkts jedenfalls der Schein der Rechtsmissbräuchlichkeit anhängt, wenn es durch die Verlegung des Interessenmittelpunkts zu Nachteilen für die Gläubiger kommt.

a) Ordre public und Versagung der Anerkennung

Der wohl augenscheinlichste Ansatz, ungewollte Entscheidungen zu bekämpfen, aber gleichzeitig der wohl am wenigsten vertretbare ist die Versagung der Anerkennung über Art. 26 EuInsVO[96]. Eine Entscheidung, die auf einer rechtsmissbräuchlichen Verlegung des Interessenmittelpunkts beruht, verletzt nicht ohne weiteres die öffentliche Ordnung im Sinne des Art. 26 EuInsVO[97]. Die Verordnung sieht gerade keine enumerierten oder generalklauselartigen Versagungsgründe vor, sondern lässt nur den *ordre-public*-Einwand zu. Eine weite Auslegung des *ordre public* würde die von der EuInsVO angestrebte Universalität der Entscheidungen konterkarieren. Zudem wäre sie – jedenfalls im Bereich der Konzerninsolvenzen – nicht zielführend: Im Eröffnungsstaat würde das Verfahren fortgesetzt, zumindest ein Teil der Masse für das Verfahren in Beschlag genommen, sodass zum einen Massebestandteile für eine eventuelle Restrukturierung fehlen und zum anderen das System von Haupt- und Partikularverfahren unterlaufen wird. Schließlich käme es zu Kompetenzkonflikten. Art. 26 EuInsVO kommt daher nur in eng begrenzten Fällen zur Anwendung und dient nicht der Versagung bei rechtsmissbräuchlicher Verlegung des Interessenmittelpunkts.

b) Zeitpunkt der Zuständigkeitsbestimmung als Mittel gegen forum shopping

Ansatzpunkt für eine Korrektur bildet somit der Zeitpunkt der Zuständigkeitsbestimmung. Dabei ist zwischen einer Verlegung des Interessenmittelpunkts vor und nach Stellung des Insolvenzantrags zu unterscheiden.

---

96 So aber etwa *Oberhammer*, KTS 2009, 27 (36), ohne überhaupt Nachteile zu erwägen.

97 Überwiegende Ansicht, *BGH*, NJW 2002, 960; *Koch*, in: FS Jayme, (2004), S. 437 (443); *Paulus*, EuInsVO, 2. Aufl. (2008), Art. 26 Rdnr. 16; vgl. dennoch; *Laukemann*, RIW 2005, 104 (107); wohl auch Rauscher/*Mäsch*, Europäisches Zivilprozessrecht, Bd. 2, 2. Aufl. (2006), Art., 26 Rdnrn. 19 f.

aa) Verlegung des Interessenmittelpunktes vor Antragstellung

In der Rechtssache *Staubitz-Schreiber* hatte die Schuldnerin ihren Interessenmittelpunkt verlegt, nachdem der Insolvenzantrag gestellt war. Zum Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung befand sich der Interessenmittelpunkt der Schuldnerin daher an einem anderen Ort als zum Zeitpunkt der Antragstellung. Der *EuGH* stellte dennoch auf den Zeitpunkt der Antragstellung ab[98]. Damit bestätigt er, dass der Grundsatz der *perpetuatio fori*[99] auch im Europäischen Insolvenzrecht gilt. Der *BGH* hat dies sogar auf Folgeanträge erstreckt, wenn der erste Antrag zurückgenommen, die zunächst begründete Zuständigkeit aber noch nicht hinfällig geworden ist[100]. Zugunsten der Gläubiger ist ein Zuständigkeitswechsel zu vermeiden. Zwar sind die Gläubiger nicht vollständig schutzwürdig hinsichtlich der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens am Ort der Antragstellung, da ja noch immer die Möglichkeit besteht, dass das Gericht die Zuständigkeit ablehnt. Allerdings muss der Schutz mindestens so weit gehen, dass es bei der Zuständigkeitsbestimmung nicht auf spätere Umstände ankommen kann. Ansonsten drohte ein Katz-und-Maus-Spiel zwischen Gläubigern und Schuldner.

bb) Verlegung des Interessenmittelpunkts nach Antragstellung

Vor dem Hintergrund des für die Gläubiger nachteiligen Rechtsmissbrauchs erscheint die Verlegung des Interessenmittelpunkts, bevor der Insolvenzantrag gestellt wird, problematischer. Begründet der Schuldner einen neuen Interessenmittelpunkt und kommt dadurch für die Gläubiger oder eine Unternehmenssanierung nachteiliges Insolvenzrecht zur Anwendung, bietet sich an, über eine Berücksichtigung von Umständen, die in der Vergangenheit lagen, nachzudenken[101]. Grundsätzlich erscheint es sachgerecht, das Insolvenzrecht desjenigen Staates zur Anwendung zu bringen, in dessen Gebiet der Schuldner zuletzt seinen Interessenmittelpunkt hatte. Bei Verlegungsketten wäre selbstverständlich auf den Staat vor

98 *EuGH*, Urt. v. 17.1.2006 – Rs. C-1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber*, Slg. 2006, I-701, NZI 2006, 153.

99 Der in § 261 III Nr. 2 ZPO niedergelegte Grundsatz gilt auch im internationalen Zivilverfahrensrecht, *v. Hoffmann*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (2009), Rdnr. 70; Nagel/Gottwald/*Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. (2007), § 5 Rdnr. 231.

100 *BGH* ZIP 2006, 676 mit abl. Anm. *Mankowski*, EWiR 2006, 397.

101 So auch Rauscher/*Mäsch*, Europäisches Zivilprozessrecht, Bd. 2, Art. 3 EuInsVO Rdnr. 31; mit den gleichen Überlegungen gegen eine feste Anknüpfung an den Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung *Paulus*, EuInsVO, 2. Aufl. (2008), Art. 3 Rdnr. 16a.

Beginn der rechtsmissbräuchlichen ersten Verlegung abzustellen. Damit ist zwar die Lösung vorgegeben, nicht aber der Weg dorthin.

Einige Rechtsordnungen kennen im Zuständigkeitsrecht eine sog. *période suspecte*. Verlegungen des Interessenmittelpunktes, des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts, die innerhalb einer bestimmten Frist vor Klageerhebung oder Antragstellung erfolgen, gelten sodann als rechtsmissbräuchlich und werden bei der Zuständigkeitsbestimmung nicht beachtet. Eine grundsätzliche *période suspecte* vor dem Zeitpunkt der Antragstellung lässt sich allerdings mangels ausdrücklicher Regelung in der EuInsVO und in bewusster Abkehr vom Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens nicht annehmen[102]. Auch dem deutschen Insolvenzrecht ist sie – bis auf die Anfechtungszeiträume der §§ 129 ff. InsO – unbekannt. Sie wäre vor dem Hintergrund der Freizügigkeit zweifelhaft[103]. Zudem schränkt eine *période suspecte* immanent den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens ein, denn sie erweckt Zweifel daran, ob die mitgliedsstaatlichen Gerichte den Missbrauch einzelfallabhängig beurteilen können.

Ansätze, die an den Zeitpunkt der Forderungsbegründung[104] oder der Insolvenzreife[105] anknüpfen, sind dem Vorwurf der Willkürlichkeit und Unpraktikabilität ausgesetzt. Erstere Alternative versagt bei Eigenanträgen des Schuldners[106]. Zudem geht es gerade nicht um den Vertrauensschutz der Gläubiger. Selbst wenn dies aber der Fall wäre, erstreckte sich dieser Schutz jedenfalls nicht auf den Zeitpunkt der Forderungsbegründung. Dass sich der Interessenmittelpunkt danach verschiebt, ist hinzunehmen. Auch die Insolvenzreife taugt nicht als Zeitpunkt für die Zuständigkeitsbestimmung, da sie sich nach nationalem Recht bestimmt, welches aber der Zuständigkeitsbestimmung erst nachgelagert festgestellt werden kann. Zudem wäre aufgrund divergierender Definitionen der Insolvenzreife in den europäischen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen die für die Zuständigkeitsbestimmung erforderliche Rechtssicherheit gefährdet. Wendet nämlich das angerufene Insolvenzgericht jeweils seine *lex fori* an, drohen sowohl positive als auch negative Kompetenzkonflikte.

---

102 *Knof*, ZInsO 2005, 1017 (1023); *Mankowski*, NZI 2005, 368 (372); Rauscher/*Mäsch*, Europäisches Zivilprozessrecht, Bd. 2, Art. 3 EuInsVO Rdnr. 31.

103 Obwohl *Eidenmüller*, KTS 2009, 137 ff., die Freizügigkeit hochhält, schlägt er für die Zuständigkeitsbestimmung bei Insolvenzen natürlicher Personen eine solche vor (161).

104 Vgl. *Schulte*, Die Europäische Restschuldbefreiung (2001), S. 112 f.

105 Etwa *Weller*, IPRax 2004, 412 (416).

106 Vgl. *Schwemmer*, NZI 2009, 355 (358); abl. auch *Mankowski*, NZI 2005, 368 (371).

Damit kommt allein in Betracht, den rechtsmissbräuchlich neu begründeten Interessenmittelpunkt für unbeachtlich zu erklären und auf den Zeitpunkt des letzten nicht missbräuchlichen Interessenmittelpunkts abzustellen[107]. Diese Frage der Berücksichtigung von in der Vergangenheit liegenden Umständen hatte der *EuGH* in *Staubitz-Schreiber* nicht zu entscheiden, sodass diese Entscheidung einer solchen Auslegung des Art. 3 I EuInsVO nicht entgegenstehen dürfte. Im Gegensatz zu einer *période suspecte* oder der Anknüpfung an einen festen Zeitpunkt (der Forderungsbegründung oder Insolvenzreife) bleibt damit die Flexibilität der Zuständigkeitsbestimmung gewahrt. Diese erlaubt bei rechtsmissbräuchlicher Verlegung des Interessenmittelpunkts nun gerade, auf den für die Gläubiger vorteilhafteren Zeitpunkt abzustellen[108]. Damit sind diejenigen geschützt, denen das Insolvenzverfahren und die Zuständigkeit nach Art. 3 EuInsVO dienen sollen.

cc) Bedenken

Zwar mag das Ergebnis überzeugen, doch bleibt der Begründungsweg fraglich. Zum einen wirft die Beurteilung des Rechtsmissbrauchs durch den Schuldner erhebliche Probleme auf[109]. Diese treten spiegelbildlich zu den bei den sachlichen Kriterien der Bestimmung des Interessenmittelpunkts hervor, geht es doch jeweils um die Berücksichtigung außerhalb des eigentlichen Interessenmittelpunkts liegender Umstände. Wie dort bereitet eine Einzelfallrechtsprechung auch hier Probleme und es fällt ähnlich schwer, Kriterien zu bilden. Zum anderen ist die dogmatische Grundlage, den neuen Interessenmittelpunkt als unbeachtlich anzusehen, fraglich[110]. Solange der Verordnungsgeber allerdings nicht tätig wird, kommen nur zwei Extreme in Betracht: Jeden Missbrauch zuzulassen – sofern er denn festgestellt werden kann – oder aber eine Einzelfallentscheidung, die der Willkürlichkeit offensteht.

107 So für die Gesetzesumgehung Rauscher/*Mäsch*, Europäisches Zivilprozessrecht, Bd. 2, Art. 3 EuInsVO Rdnr. 31.

108 Im Falle des *AG Köln*, NZI 2008, 254, wären mit einer *période suspecte* die Vorteile des deutschen Insolvenzrechts nicht greifbar gewesen, da der Interessenmittelpunkt in Luxemburg hätte verortet werden müssen.

109 Vgl. nur *Eidenmüller*, KTS 2009, 137 ff., der scheinbar rein objektive Kriterien zur Bestimmung der Rechtsmissbräuchlichkeit der Sitzverlegung heranziehen will, letztlich aber von Verhalten spricht, das primär „bezwecken" soll, ein für den Schuldner günstiges Insolvenzrecht zu Anwendung zu bringen. Letzteres enthält aber finale, also subjektive Elemente.

110 Vgl. hierzu Rauscher/*Mäsch*, Europäisches Zivilprozessrecht, Bd. 2, Art. 3 EuInsVO Rdnr. 31 m.w.N.

3. Maßgeblicher Zeitpunkt bei nachträglicher Verlegung des Interessenmittelpunktes zugunsten und vorheriger Verlegung zulasten der Gläubiger

Die Verlegungs- und Missbrauchsproblematik hat den Zeitpunkt der Antragstellung als für die Zuständigkeitsbestimmung maßgeblich zu Tage treten lassen. Dennoch fragt sich, wie verfahren wird, wenn beispielsweise die Verlegung des Interessenmittelpunktes für das Verfahren, die Gläubiger etc. Vorteile bringt. Sollte nicht dann der Anknüpfungszeitpunkt zugunsten dieser Vorzüge flexibel gehandhabt werden[111]? Letztlich handelt es sich hierbei jedoch genau um die im Rahmen der Konzerninsolvenzen erörterte Frage, ob vor oder nach Antragstellung auftretende Umstände bei der Zuständigkeitsbestimmung Berücksichtigung finden können. Somit kommen dieselben Bedenken zum Tragen, die bereits oben dargelegt worden sind. Eine Abweichung vom Zeitpunkt der Antragstellung kommt nicht in Betracht, wenn nicht zugunsten der Rechtssicherheit und einheitlichen Handhabung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte sichere Kriterien gebildet werden, da ansonsten gläubigerbenachteiligende negative Kompetenzkonflikte drohen. Die Rechtsprechung in *Staubitz-Schreiber* bietet somit mit dem Zeitpunkt der Antragsstellung einen soliden Anknüpfungspunkt.

VI. Fazit

Mit dem Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen in Art. 3 EuInsVO hat der Verordnungsgeber ein Zuständigkeitsmerkmal gewählt, das verschiedene Auslegungsweisen zulässt. Die angestellten Überlegungen zeigen, dass es zwar einerseits wünschenswert ist, sich stark an insolvenzrechtlichen Zielen, d.h. insbesondere der Gläubigerbefriedigung, zu orientieren, sich dies andererseits allerdings praktisch umso schwieriger gestaltet. Scheinbar unlösbar sind das Problem der Kriterienbildung sowie die normative Wertung tatsächlicher wirtschaftlicher Gegebenheiten und Interessen im Rahmen der Bestimmung des Interessenmittelpunkts des Art. 3 EuInsVO. Die Vielzahl der Gläubiger erschwert es, Kriterien zu entwickeln, die nicht zu einer Gläubigerungleichbehandlung führen und verfahrensmäßige Unstimmigkeiten nach sich ziehen. Dies gilt, wie gezeigt, insbesondere für Insolvenzen konzernierter Gesellschaften. Art. 3 EuInsVO bildet insofern keine Grundlage für einen Konzerninsolvenzgerichtsstand. Ohne ausdrückliche Rege-

[111] Offen für eine flexible Handhabung wohl auch *Paulus*, EuInsVO, 2. Aufl. (2008), Art. 3 Rdnr. 16a.

lung der Zuständigkeit auf europäischer Ebene, ist ein europäischer Konzerngerichtsstand derzeit daher nicht möglich.

Literatur

Adam, Dietmar Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz internationaler Unternehmensverbindungen, Baden-Baden 2006

von Bar, Christian Internationales Privatrecht, Allgemeine Lehren, 2. Auflage, München 2003

Braun, Eberhard Der neue Sport in Europa: Forumshopping im Insolvenzverfahren oder: die moderne Form von „Britannia rules the waves“, NZI 2004, S. V (Editorial)

Braun, Eberhard (Hrsg.) Insolvenzordnung, 4. Auflage, München 2010

Deyda, Stephan Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2008

Eidenmüller, Horst Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO, NJW 2004, 3455-3459

Eidenmüller, Horst Rechtsmissbrauch im Europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 137-161

Frind, Frank Forum shopping – made in Germany?, Anmerkung zu AG Köln, Beschl. v. 1.2.2008 – 73 IN 682/07, ZInsO 2008, 215, ZInsO 2008, 561

Gottwald, Peter Das Wetterleuchten des forum non conveniens, in: Festschrift für Erik Jayme, S. 277-284, München 2004

Haubold, Jens Europäische Insolvenzverordnung, in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss, Stuttgart 2005, Kapitel 30

Hergenröder, Curt Wolfgang Entschuldung durch Restschuldbefreiungstourismus?, DZWIR 2009, 309-322

Hess, Burkhard Europäisches Zivilprozessrecht, 1. Auflage, Heidelberg 2010

Hess, Burkhard / Laukemann, Björn/Seagon, Christopher Europäisches Insolvenzrecht nach Eurofood: Methodische Standortbestimmung und praktische Schlussfolgerungen, IPRax 2007, 89-98

Hirte, Heribert Neuregelungen mit Bezug zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz und im Insolvenzrecht durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), ZInsO 2008, 689-702

Huber, Peter Internationales Insolvenzrecht in Europa, - Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Insolvenzverordnung -, ZZP 114 (2001), 133-166

Huntemann, Eva Maria / Brockdorf, Christian Graf Der Gläubiger im Insolvenzverfahren, Berlin 1999

Kammel, Volker Die Bestimmung der zuständigen Gerichte bei grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen, NZI 2006, 334-338

Keggenhoff, Carsten Internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren, Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen gem. Art. 3 I EuInsVO bei Gesellschaften und juristischen Personen, Hamburg 2006

Knof, Bela Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs-Tourismus, Zugleich Anmerkung AG Celle, Beschl. v. 18.4.2005 - 29 IN 11/05, ZInsO 2005, 895, ZInsO 2005, 1017-1026

Koch, Harald Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungstourismus, in: Festschrift für Erik Jayme, S. 437-444, München 2004

Eickmann, Dieter (Hrsg.) Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Auflage, Heidelberg 2008

Kübler, Bruno M. / Prütting, Hanns (Hrsg.) Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand: 5/2010

Kübler, Bruno M. Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen, in: Festschrift für Walter Gerhardt, S.527-562, Köln 2004

Laukemann, Björn Rechtshängigkeit im europäischen Insolvenzrecht, RIW 2005, 104-112

Leible, Stefan / Staudinger, Ansgar Die europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, KTS 2000, 533-575

Mankowski, Peter / Willemer, Charlotte Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen, RIW 2009, 669-679

Mankowski, Peter Zur Frage der Bestimmung des Insolvenzgerichtsstandes bei internationalen Konzernen, NZI 2004, 450-452

Mankowski, Peter Grenzüberschreitender Umzug und das center of main interests im europäischen Internationalen Insolvenzrecht, NZI 2005, 368-373

Mankowski, Peter Anm. z. *EuGH*, Urt. v. 17.1.2006 – Rs. C-1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber*, Slg. 2006, I-701 = NZI 2006, 153-155

Mörsdorf-Schulte, Juliana Geschlossene europäische Zuständigkeitsordnung und die Frage der vis attractiva concursus, NZI 2008, 282-288

Müller, Karsten Anm. z. *AG Köln*, Beschl. v. 01.02.2008 – 73 IN 682/07, ZIP 2008, 982 = NZI 2008, 254 = ZInsO 2008, 215, EWiR 2008, 595-596

Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.) Zivilprozessordnung, 7. Auflage, München 2009

Nagel, Heinrich / Gottwald, Peter (Hrsg.) Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Köln 2007

Neuhaus, Paul Heinrich Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Auflage, Tübingen 1976

Oberhammer, Paul Von der EuInsVO zum europäischen Insolvenzrecht –Eine Zwischenbilanz der über rechtspolitische Gestaltungsmittel und Ziele–, KTS 2009, 27-67

Pannen, Klaus (Hrsg.) Europäische Insolvenzverordnung, Berlin 2007

Paulus, Christoph G. (Hrsg.) Europäische Insolvenzverordnung, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2008

Paulus, Christoph G. Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht, ZIP 2005, 1948-1955

Paulus, Christoph G. Zuständigkeitsfragen nach der Europäischen Insolvenzverordnung – Zugleich eine Besprechung High Court of Justice Leeds, Beschl vom 16-5-2003 - No 861-876/03, ZIP 2003, 1362 –, ZIP 2003, 1725-1729

Paulus, Christoph G. Der EuGH und das moderne Insolvenzrecht, NZG 2006, 609-613

Paulus, Christoph G. Anm. z. *AG Köln*, Beschl. v. 19.02.2008 – 73 IE 1/08, ZIP 2008, 423 = NZI 2008, 257 = ZInsO 2008, 388-391

Paulus, Christoph G. Die EuInsVO – wo geht die Reise hin?, NZI 2008, 1-6

Poertzgen, Christoph / Adam, Dietmar Die Bestimmung des „centre of main interests“ gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, Anmerkung zum Urt. des EuGH („Parmalat“) v. 2.5.2006 – C-341/04 – ZinsO 2006, 484 ff., ZInsO 2006, 505-510

Rauscher, Thomas (Hrsg.) Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 2006

Rotstegge, Jochen P. Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz in- und ausländischer Konzerngesellschaften, ZIP 2008, 955-962

Rostegge, Jochen P. Konzerninsolvenz: die verfahrensrechtliche Behandlung von verbundenen Unternehmen nach der Insolvenzordnung, Baden-Baden 2007

Schack, Haimo Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Auflage, München 2010

Schmidt, Jessica Anm. z. *High Court of Justice London*, Urt. v. 03.07.2009 – [2009] EWHC 1441 (Ch), ZIP 2009, 1776, EWiR 2009, 571-572

Schulte, Johannes Die europäische Restschuldbefreiung – zu den rechtsvergleichenden und kollisionsrechtlichen Aspekten der Restschuldbefreiung im europäischen Insolvenzrecht, Berlin 2001

Schwemmer, Anja-Sophie Die Verlegung des centre of main interest (COMI) im Anwendungsbereich der EuInsVO, NZI 2009, 355-359

Stein, Friedrich / Jonas, Martin ZPO, 22. Auflage, Tübingen 2004 ff.

Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.) Insolvenzordnung, 13. Auflage, München 2010

v. Hoffmann, Bernd / Thorn,Karsten Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2007

Vallender, Heinz Aufgaben und Befugnisse des deutschen Insolvenzrichters in Verfahren nach der EuInsVO, KTS 2005, 283-329

Vallender, Heinz / Deyda, Stephan Brauchen wir einen Konzerngerichtsstand?, NZI 2009, 825-834

Virgós, Miguel / Schmit, Etienne Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, in: Vorschläge und Gutachten, hrsg. v. Hans Stoll, Tübingen 1997

Weller, Marc-Philippe Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England, ZGR 2008, 835-866

Weller, Marc-Philippe GmbH-Bestattung im Ausland, ZIP 2009, 2029-2037

Weller, Marc-Philippe Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht?, zu *BGH*, 27.11.2003 - IX ZB 418/02 und *AG Düsseldorf*, 12.3.2004 - 502 IN 126/03 und *AG München*, 4.5.2004 - 1501 IE 1276/04, IPRax 2004, 412-417

Weller, Matthias Internationale und örtliche Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen, LMK 2009, 292909

Zipperer, Helmut Das Insolvenzspezifische – auf den Spuren eines Begriffs, KTS 2008, 167-193

Jens Bogner

Die Gerichtsstände der EuGVVO in medizinrechtlichen Streitigkeiten

I. Die Internationalisierung des Medizinrechts

Das Medizinrecht ist längst kein rein nationales Rechtsgebiet mehr. Medizinische Behandlungen werden sowohl im Inland als auch im Ausland in Anspruch genommen. Die Internationalisierung aller Lebensbereiche hat vor dem Medizinrecht keinen Halt gemacht. Dies gilt im Besonderen für den innereuropäischen

Raum, nachdem der *EuGH* mit mehreren Urteilen zur Kostenerstattungspflicht der Krankenkassen die Patientenmobilität innerhalb Europas gestärkt hat[1].

Die Gründe für die Inanspruchnahme medizinischer Leistungen im Ausland sind vielfältig. Streben einige Patienten eine medizinische Behandlung mit einer höheren Behandlungsqualität an[2], streben andere Patienten nach einer medizinischen Behandlung zu niedrigeren Behandlungskosten als in ihrem Heimatland. Speziell im Bereich zahnmedizinischer Behandlungen sowie bei kosmetischen Operationen hat die Verlagerung medizinischer Behandlungen ins Ausland stark zugenommen. Ebenso können die rechtlichen Hürden für die Inanspruchnahme medizinischer Behandlungen im Ausland geringer sein wie beispielsweise bei der In-Vitro-Fertilisierung oder der Präimplantationsdiagnostik. Schließlich können Grenzgänger, Studenten bei Auslandaufenthalten, Wissenschaftler auf Forschungsreisen oder Urlauber auf eine medizinische Behandlung im Ausland angewiesen sein.

In welchem Staat der Patient seine Ansprüche etwa wegen eines Behandlungsfehlers oder der Arzt seinen Honoraranspruch geltend machen kann, ist mit Hilfe des internationalen Zivilverfahrensrechts zu beantworten. Der Frage nach der internationalen Zuständigkeit kommt zudem insofern Bedeutung zu, als das international zuständige Gericht das anwendbare Sachrecht nach seinem Kollisionsrecht bestimmt. Vor der materiellrechtlichen Prüfung muss demnach die prozessuale Frage nach der internationalen Zuständigkeit geklärt werden[3]. Innerhalb der Europäischen Union ist diese Frage nach der internationalen Zuständigkeit in grenzüberschreitenden medizinrechtlichen Streitigkeiten anhand der EuGVVO[4] zu beantworten.

---

1 Bspw. *EuGH* v. 28. April 1998, Rs. C 120/95 (Decker), Slg. 1998, I-1831 = NJW 1998, 1769; v. 28. April 1998, Rs. C 158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931 = NJW 1998, 177; v. 12. Juli 2001, Rs. C 157/99 (Smits und Peerbooms), Slg. 2001, I-5473 = NJW 2001, 3391.

2 In qualitativer Hinsicht steht die deutsche Medizin im Ausland hoch im Kurs. Wegen des guten Rufs, den deutsche Ärzte und Kliniken in vielen Ländern genießen, lassen sich jährlich zahlreiche ausländische Patienten in Deutschland behandeln. Nach Angaben des statistischen Bundesamts waren es allein im Jahr 2007 knapp 71.000 Patienten, die meisten davon aus den europäischen Nachbarländern. Hierzu *Weiß*, DMW 2010, 135.

3 Katzenmeier/Bergdolt/*Prütting*, Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 2009, S. 157 f.

4 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates v. 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl EG 2001 Nr. L 12/1 v. 16.1.2001.

II. Der Anwendungsbereich der EuGVVO in medizinrechtlichen Streitigkeiten

1. Sachlicher Anwendungsbereich, Art. 1 I S. 1 EuGVVO

Nach Art. 1 I S. 1 EuGVVO ist die Verordnung in „Zivil- und Handelssachen" anzuwenden. Eine Arzthaftungsklage[5], beziehungsweise eine Honorarklage gegen den Patienten sind zivilrechtlicher Natur. Für die Arzthaftungsklage gilt dies auch dann, wenn Ansprüche im Regressweg seitens des Sozialleistungsträgers geltend gemacht werden. Der Haftungsanspruch bleibt zivilrechtlich[6].

2. Ausschlussgrund der „sozialen Sicherheit", Art. 1 II lit. c) EuGVVO

Art. 1 II lit. c) bewirkt, dass sozialrechtliche Ansprüche auf eine ärztliche Behandlung aus dem Anwendungsbereich der EuGVVO herausfallen[7]. Allerdings ist die Verordnung anzuwenden, wenn der Sozialversicherungsträger gegen Dritte aufgrund von Ansprüchen klagt, die kraft Gesetzes auf ihn übergegangen sind oder die ihm das Gesetz direkt einräumt[8]. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass diese Ansprüche zivilrechtlicher Art sind[9]. Leistungen, die ein Sozialversicherungsträger erbringt, um beispielsweise das Opfer eines ärztlichen Kunstfehlers zu behandeln oder durch Rente zu entschädigen, unterfallen zwar der Ausnahmeregelung zugunsten der „sozialen Sicherheit" im Sinne des Art. 1 II lit. c) EuGVVO. Dies gilt jedoch nicht für den Regress des Sozialversicherungsträgers gegen den Arzt. Dadurch, dass ein zivilrechtlicher Haftungsanspruch von einem Sozialleistungsträger geltend gemacht wird, ändert sich nichts an dessen Rechtsnatur. Er bleibt zivilrechtlicher Haftungsanspruch und wird nicht zum Sozialleistungsanspruch[10]. Es ist zu differenzieren zwischen dem Anspruch auf Behandlung aus dem System der sozialen Sicherheit und dem Haftungsanspruch des Patienten oder dem Honoraranspruch des Arztes, der sich aus der Behandlung ergibt. In Arzthaftungs-

---

5 Hierzu Greiner/Gross/Nehm/Spickhoff/*Spickhoff*, Neminem laedere, Aspekte des Haftungsrechts in Festschr. f. Gerda Müller zum 65. Geburtstag, 2010, S. 287 (290).

6 *Giesen*, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), Cross Border Treatment – Die Arzthaftung wird europäisch, 2010, S. 147 ff. (150); vgl. bereits *BSG*, NJW 1983, 1422 (1424).

7 *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 6 Rdnr. 22.

8 *Hess* (o. Fußn. 7), § 6 Rdnr. 22; Geimer/Schütze/*Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. (2010), A. 1 Art. 1 EuGVVO Rdnr. 143.

9 Geimer/Schütze/*Schütze* (o. Fußn. 8), A. 1 Art. 1 EuGVVO Rdnr. 143.

10 *Giesen* (o. Fußn. 6), S. 147 (151).

klagen und Honorarklagen des Arztes gegen den Patienten greift der Ausschlussgrund der sozialen Sicherheit daher nicht ein – auch dann nicht, wenn die Arzthaftung im Regress des Sozialversicherungsträgers geltend gemacht wird.

III. Die Gerichtsstände der EuGVVO in medizinrechtlichen Streitigkeiten

Findet die EuGVVO Anwendung auf eine medizinrechtliche Streitigkeit, so stellt sich die Frage, welcher Gerichtsstand in der jeweiligen Streitigkeit anzuwenden ist[11]. Die EuGVVO unterscheidet zwischen dem allgemeinen Gerichtsstand einer Partei und verschiedenen besonderen Gerichtsständen. In der Regel sind nach Art. 2 I EuGVVO die Gerichte am Wohnsitz des Beklagten zuständig. In Abweichung von diesem Grundsatz sind in Art. 5 EuGVVO Fälle aufgeführt, in denen eine Person vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaates verklagt werden kann.

Haftungsansprüche gegen den Arzt oder gegen den Träger des Krankenhauses können sich sowohl aus Vertrags- wie aus Deliktsrecht ergeben. Insofern kommt zum einen der Vertragsgerichtsstand nach Art. 5 Nr. 1 EuGVVO in Betracht. Der Vertragsgerichtsstand richtet sich nach dem Ort, an dem die vertragscharakteristische Leistung zu erfüllen war. Bei einem Behandlungsvertrag, der als Dienstvertrag im Sinne von Art. 5 Nr. 1 b) EuGVVO anzusehen ist, ist die vertragscharakteristische Leistung die Heilbehandlung, so dass der Ort, an dem diese durchgeführt wird, der Erfüllungsort und damit der Vertragsgerichtsstand ist[12]. Bei einer Arzthaftungsklage kann daher neben dem allgemeinen Gerichtsstand nach Art. 2 I EuGVVO, der Vertragsgerichtsstand nach Art. 5 Nr. 1 EuGVVO und der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO eröffnet sein[13].

Für Honorarklagen des Arztes gegen den Patienten kommt nur der allgemeine Wohnsitzgerichtsstand des Art. 2 I EuGVVO oder der Vertragsgerichtsstand des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO in Betracht.

---

[11] Vgl. zu den verschiedenen Gerichtsständen in der europäischen Arzthaftung auch *Prütting*, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), Cross Border Treatment – Die Arzthaftung wird europäisch, 2010, S. 37 ff. (39 ff.).

[12] *Prütting* (o. Fußn. 11), S. 37, 40.

[13] Zum Gerichtsstand der unerlaubten Handlung *BGH*, NJW 2008, 2344 f. (jedoch unter Anwendung des Luganer Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988, ABl EG 1988 Nr. L 319/9).

IV. Die medizinrechtliche Streitigkeit als Verbrauchersache im Sinne von Art. 15 Abs. 1 lit. c) EuGVVO

1. Bedeutung der Verbrauchergerichtsstände für medizinrechtliche Streitigkeiten

Die soeben genannten Gerichtsstände können allerdings durch die besonderen Zuständigkeitsregeln bei Verbrauchersachen ausgeschlossen sein. Art. 15 bis 17 EuGVVO enthalten eine geschlossene Regelung für Verbrauchersachen. Sie regeln die internationale Zuständigkeit für Verbrauchersachen selbständig und abschließend[14]. Ein Rückgriff auf die allgemeinen Regeln der Art. 2 und 5 EuGVVO ist bei Verbrauchersachen unzulässig[15].

Die Verbrauchergerichtsstände sind für Patienten von besonderem Interesse. Nach Art. 16 I EuGVVO können sie nämlich, sofern die besonderen Zuständigkeiten bei Verbrauchersachen eröffnet sind, sowohl an ihrem eigenen Wohnsitz als auch am Sitz der Klinik/des Arztes die Klinik oder den Arzt verklagen. Klagen gegen den Patienten als Verbraucher sind nur am aktuellen Wohnsitz der Patienten möglich, Art. 16 II EuGVVO. Die Eröffnung der Zuständigkeiten bei Verbrauchersachen hat also zur Folge, dass Patienten sich nicht auf einen Prozess in einem für sie fremden ausländischen Gerichtsstand mit den damit regelmäßig einhergehenden Sprach- und Rechtsproblemen einlassen müssen.

Aus Perspektive der Ärzte oder Kliniken bedingt das Zuständigkeitssystem in Verbrauchersachen eine Erschwernis der Geltendmachung von Honorarforderungen gegenüber ausländischen Patienten. Eine Geltendmachung dieser Honorarforderungen am Vertragsgerichtsstand, also am Sitz des Arztes oder der Klinik, wäre gemäß Art. 16 II EuGVVO ausgeschlossen. Überdies wird die Prorogationsfreiheit über Art. 17 in Vielem mehr Art. 23 V EuGVVO in erheblichem Maße eingeschränkt. So sind Gerichtsstandvereinbarungen nach Art. 17 EuGVVO nur dann zulässig, sofern sie nach Entstehung der Streitigkeit getroffen werden, dem Verbraucher zusätzliche Gerichtsstände zur Wahl stellen, oder wenn ein Verbraucher und sein Vertragspartner, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Mitgliedstaat haben, die Zuständigkeit der Gerichte dieses Mitgliedstaates begründen.

---

14 Fasching/*Simotta*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen V, 1. Teilb., 2. Aufl. (2008), Art. 15 EuGVVO Rdnr. 2 m.w.N.

15 Rauscher/*Staudinger*, Europäisches Zivilprozessrecht I, 2. Aufl. (2006), Vorbem. Art. 15–17 Brüssel I-VO Rdnr. 1. Ausgenommen hiervon ist Art. 5 Nr. 5 EuGVVO, vgl. Art. 15 I EuGVVO.

2. Zuständigkeitsfragen in der Rechtsprechung

Zwei Fälle aus der Praxis mögen die Bedeutung der Zuständigkeitsfragen in medizinrechtlichen Streitigkeiten mit grenzüberschreitendem Bezug veranschaulichen.

Der erste Fall[16] betrifft die Klage einer deutschen Privatklinik gegen eine in den Niederlanden lebende Beklagte. Die klagende Privatklinik hatte die Beklagte im April 2005 stationär zur Durchführung einer Wirbelsäulenoperation aufgenommen und klagte nunmehr die Kosten für die allgemeinen Krankenhausleistungen vor dem LG München I ein. Auf der von der Klägerin unterhaltenen Website wurde auf einen „Extra Service voor Nederland" hingewiesen. Zugleich bot die Klägerin Anamnesebögen online auch als „Piijnformular" in niederländischer Sprache an. Das LG München I hat die Klage mit Verweis auf die mangelnde internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte abgewiesen. Es bestehe gemäß Art. 16 II EuGVVO ein ausschließlicher Gerichtsstand am Wohnsitz der Beklagten in den Niederlanden, weil die Klägerin ihre Tätigkeit gemäß Art. 15 I lit. c) EuGVVO auf die Niederlande ausgerichtet habe.

Der zweite Fall[17] betrifft ebenfalls eine Honorarklage im Zusammenhang mit der Erbringung medizinischer Behandlungen. Diesmal klagte allerdings ein österreichisches Institut vor einem österreichischen Gericht gegen in Deutschland wohnhafte Beklagte. Die Klägerin betrieb in Österreich ein Institut für In-Vitro-Fertilisierung und unterhielt eine Website, auf der ganz allgemein Informationen über die Reproduktionsmedizin gegeben wurden. Dabei wurden aber Paare mit unerfülltem Kinderwunsch konkret angesprochen und die Anmeldung, Kontaktaufnahme und Erreichbarkeit des Instituts sehr detailliert dargestellt. Durch diese Website motiviert, hatten die beklagten Parteien das Institut um eine Behandlung ersucht. Das LG Feldkirch wies die Klage mangels internationaler Zuständigkeit österreichischer Gerichte ab. Es erachtete die Verwendung der Website als „Ausrichtung" im Sinne von Art. 15 I lit. c) EuGVVO auf Deutschland als Wohnsitzmitgliedstaat der Beklagten. Eine Berufung der Klägerin auf den Gerichtsstand des Erfüllungsortes oder die zwischen der Klägerin und den Beklagten abgeschlossene Gerichtsstandvereinbarung, in welcher Bregenz als Gerichtsstand vereinbart wurde, sei daher unzulässig.

Diese Beispiele verdeutlichen, dass die Frage nach der Eröffnung der Verbrauchergerichtsstände in medizinrechtlichen Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug

---

16 *LG München I*, K&R 2008, 322 f.

17 *LG Feldkirch* v. 20. Oktober 2003, 3 R 259/03s.

von enormer Bedeutung sowohl für Patienten als auch Ärzte und Kliniken ist. Eine Eröffnung der besonderen Zuständigkeitsregeln in Verbrauchersachen kommt in Fällen einer medizinischen Behandlung dabei allein über Art. 15 I lit. c) EuGVVO in Betracht.

3. Merkmale einer Verbrauchersache gem. Art. 15 Abs. 1 lit. c) EuGVVO

a) Der Arzt-Patienten Vertrag als Verbrauchervertrag

Art. 15 I lit. c) EuGVVO setzt zunächst voraus, dass ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, den eine Person, der Verbraucher, zu einem Zweck abgeschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person zugerechnet werden kann. Zwischen Arzt/Klinik und Patient muss also ein Verbrauchervertrag bestehen. Der Behandlungsvertrag, den ein Patient schließt, wird in der Regel von ihm „zu einem Zweck geschlossen, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Somit ist der Patient als Verbraucher anzusehen. Unter den Begriff der „gewerblichen Tätigkeit“ fallen beispielsweise der Betrieb eines Krankenhauses oder einer Arztpraxis, einer Poliklinik, eines medizinischen Versorgungszentrums, ebenso wie eine Schönheitsklinik[18]. Ein zwischen Arzt und Patient oder Krankenhaus und Patient geschlossener Behandlungsvertrag stellt also in aller Regel einen Verbrauchervertrag im Sinne des Art. 15 I lit. c EuGVVO dar.

b) Der notwendige Bezug zum Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers

In Betracht kommt für die Eröffnung der besonderen Zuständigkeitsordnung in Verbrauchersachen in Fällen einer medizinischen Behandlung allein Art. 15 I lit. c) EuGVVO in den Varianten der ausgeübten und der ausgerichteten Tätigkeit.

---

[18] *Spickhoff* (o. Fußn. 5), S. 287 ff. (290).

aa) Ausübung der Tätigkeit im Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers

Eine Ausübung der Tätigkeit im Land des Verbrauchers durch einen Arzt kann zum Beispiel dann gegeben sein, wenn dieser Arzt provisorisch im Ausland arbeitet. So gibt es seit einigen Jahren einen „run" auf Zusatzverdienste im Ausland. In Deutschland tätige Ärzte arbeiten zum Beispiel am Wochenende in England, um dort ausländische Patienten zu behandeln[19].

bb) Ausrichtung der Tätigkeit auf den Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers

Zentral für die Eröffnung der Verbrauchergerichtsstände, auch in medizinrechtlichen Streitigkeiten, ist Art. 15 Abs. 1 lit. c) EuGVVO in der Variante des „Ausrichtens". Nach Art. 15 I lit. c) EuGVVO sind die besonderen Zuständigkeiten in Verbrauchersachen eröffnet, wenn der Unternehmer seine Tätigkeit auf den Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers ausrichtet. Der Zweck der Regelung besteht darin, dem Verbraucher als der schwächeren Vertragspartei besondere Zuständigkeiten zu gewähren, wenn der Verbrauchervertrag einen hinreichenden Bezug zum Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers aufweist[20]. Durch die sehr weit gefasste Formulierung der Vorschrift sollte der wachsenden Bedeutung des elektronischen Geschäftsverkehrs Rechnung getragen werden[21]. Gleichwohl ist aber eine restriktive Interpretation der Vorschrift geboten, um den in Art. 2 I EuGVVO verankerten Grundsatz *actor sequitur forum rei* nicht auszuhöhlen, wonach die Gerichte des Mitgliedstaates international zuständig sind, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat[22].

Dabei stellt Art. 15 I lit. c) EuGVVO nicht auf das Verhalten des Verbrauchers ab, sondern erachtet das Verhalten des Unternehmers, sprich dessen Ausrichtung, für maßgeblich. Art. 15 I lit. c) EuGVVO geht von der Annahme aus, dass der Vertragspartner die notwendige Verbindung zum Staat des Verbrauchers dadurch

---

19 Vgl. hierzu Diskussionsbeitrag *Ratajczak*, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), Cross Border Treatment – Die Arzthaftung wird europäisch, 2010, S. 172.

20 Schlussanträge der *Generalanwältin Trstenjak* v. 18. Mai 2010, Rechtssache C-585/08, Pammer, und C-144/09, Hotel Alpenhof, (noch nicht amtlich veröffentlicht), abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX.62008C0585.de.html, Rdnr. 64.

21 Verordnungsvorschlag der Kommission, KOM (1999) 348 endg. S. 17; Rauscher/*Staudinger* (o. Fußn. 15), Art. 15 Brüssel I-VO Rdnr. 14.

22 *von Hein*, IPrax 2006, 16 (19);Rauscher/*Staudinger* (o. Fußn. 15), Art. 15 Brüssel I-VO Rdnr. 14.

schafft, dass er seine Tätigkeit auf diesen Staat ausrichtet[23]. Derjenige, der bewusst seinen geschäftlichen Aktivitätskreis erweitert, erhöht gleichermaßen auch sein Rechtsanwendungsrisiko[24] und das Risiko, im Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers prozessieren zu müssen. Wer also bewusst ausländische Patienten anwirbt, muss sich folglich auch des Risikos bewusst sein, von diesen unter Umständen auch im Ausland verklagt zu werden oder diese im Ausland im Hinblick auf etwaige Honorarforderungen verklagen zu müssen.

Eine Ausrichtung der Tätigkeit auf den Wohnsitzmitgliedstaat wird daher zu bejahen sein, wenn Ärzte oder Krankenhäuser gezielt Patienten in deren Wohnsitzstaat zwecks Vertragsschlusses ansprechen[25]. Eine Ausrichtung der Tätigkeit wird also gewiss vorliegen, wenn gezielt in dem betreffenden Mitgliedstaat geworben wurde[26]. Dies kann beispielsweise durch *flyer* in ausländischen Arztpraxen oder durch Anzeigen in Tageszeitungen und Fachzeitschriften der Fall sein.

α) Werbung im Internet

Schwieriger zu beurteilen sind jedoch Fälle, in denen Ärzte oder Kliniken mittels einer Website Patienten auf ihre Dienstleistungsangebote aufmerksam machen. Aufgrund der Ubiquität des Internets können Websites weltweit abgerufen werden. Für die, die Websites einstellenden Personen oder Unternehmen bedeutet dieser unbeschränkte Zugang, dass sie mit einem potentiellen Rechtsstreit in allen Mitgliedstaaten rechnen müssen[27]. In welchen Fällen bei der Verwendung einer Website von einer Ausrichtung der unternehmerischen Tätigkeit auf den Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers gesprochen werden kann, ist umstritten.

(1) Differenzierung nach (inter)aktiven und passiven Websites?

Bei der Beurteilung der Frage, ob das Vorhalten einer Website eine Ausrichtung der Tätigkeit auf einen bestimmten anderen Mitgliedstaat darstellen kann, wird im Allgemeinen danach differenziert, ob es sich bei der Website um eine sogenannte (inter)aktive oder passive Website handelt. Während bei interaktiven Websites eine

23 Verordnungsvorschlag der Kommission, KOM 1999 (348) endg. S. 18.
24 *Mankowski*, EWiR 2008, 245 (246).
25 *Giesen* (o. Fußn. 6), S. 147 ff. (154).
26 *Spickhoff* (o. Fußn. 5), S. 287 ff. (290).
27 *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl. (2005), Art. 15 EuGVVO Rdnr. 24.

Ausrichtung befürwortet wird, wird diese bei lediglich passiven Websites weitestgehend abgelehnt[28]. Unter (inter)aktiven Websites sind dabei solche Websites zu verstehen, die bereits unmittelbar den Abschluss eines Vertrages über das Internet ermöglichen. Passive websites ermöglichen einen solchen Vertragsschluss über das Internet hingegen nicht[29]. Websites von Ärzten und Kliniken sind anhand dieser Kategorisierung als passive Websites einzuordnen, weil ein Vertragsabschluss über das Internet mittels einer elektronischen Eingabemaske für medizinische Behandlungsverträge nicht in Betracht kommt. Selbst wenn man eine passive Website, die nicht nur Werbung enthält, sondern mit entsprechenden Angaben zur Bestellung per E-Mail, Post, Fax oder Telefon auffordert, einer (inter)aktiven Website gleichstellt[30], ergibt sich hieraus nichts anderes. Auch auf diese Art und Weise kommt kein medizinischer Behandlungsvertrag zustande. Von Ärzten und Kliniken verwendete kostenlose Telefon- oder Faxnummern dienen regelmäßig nur der Information. Aus der Ferne werden die Patienten daher lediglich einen Untersuchungstermin vereinbaren können. Herkömmlich werden Ärzte vor Abschluss des Behandlungsvertrags stets ein Beratungs- und Untersuchungsgespräch mit dem ausländischen Patienten führen. Der Patient wird daher regelmäßig zum Vertragsschluss ins Ausland reisen und dort den Behandlungsvertrag vor Ort abschließen. Anhand der „klassischen“ Einteilung in (inter)aktive und passive Websites würde das Vorhalten einer website von Ärzten und Kliniken, mit welcher im Internet geworben wird, von vornherein nicht als Ausrichtung angesehen werden können. Bedenkt man, dass im Licht der Internationalisierung des Medizinrechts mit diesen Websites zuweilen ganz bewusst auch in anderen Mitgliedstaaten Patienten angeworben werden sollen, erscheint dieses Ergebnis zweifelhaft. Es ist daher zu hinterfragen, ob die „klassische“ Einteilung in (inter)aktive und passive Websites im Anwendungsbereich von Art. 15 I lit. c) EuGVVO weiterhin aufrechtzuerhalten ist.

Der hinreichende Bezug des Verbrauchervertrages zum Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers wird immer dann gegeben sein, wenn der Unternehmer mit seinem Angebot gezielt Verbraucher in anderen Mitgliedstaaten ansprechen will[31]. Der Unternehmer muss sich also aktiv um den Abschluss von Verträgen mit Verbrauchern in anderen Mitgliedstaaten bemühen. Allein die Möglichkeit des Verbrauchers, eine Website in seinem Mitgliedstaat abrufen zu können, wird daher noch

---

28 Vgl. *Mankowski*, IPrax 2009, 238 (239); *Kropholler* (o. Fußn. 27), Art. 15 EuGVVO Rdnrn. 23 ff.; *Spickhoff* (o. Fußn. 5), S. 287 ff. (290).

29 Schlussanträge *GAin Trstenjak* (o. Fußn. 20), Rdnr. 61 m.w.N.

30 Für eine solche Gleichstellung: *Kropholler* (o. Fußn. 27), Art. 15 EuGVVO Rdnr. 24.

31 Vgl.Rauscher/*Staudinger* (o. Fußn. 15), Art. 15 Brüssel I-VO Rdnr. 13.

nicht ausreichend sein, um eine Ausrichtung bejahen zu können[32]. Auf diese Weise entscheidet sich ein Unternehmer nicht schon bewusst für eine Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat; er nimmt keine aktive Handlung bezogen auf einen bestimmten ausländischen Mitgliedstaat vor. Dies unterstreicht der 24. Erwägungsgrund der Rom I-Verordnung[33], nach dem als Voraussetzung für die Anwendung der Verbraucherschutznorm auf das Kriterium der ausgerichteten Tätigkeit zu verweisen ist sowie auf die Notwendigkeit, dieses Kriterium in der EuGVVO und der Rom I-VO einheitlich auszulegen. Dabei wird in diesem Erwägungsgrund ausdrücklich auf die gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zu Artikel 15 der EuGVVO Bezug genommen, in der ausgeführt wird, dass die Zugänglichkeit einer Website allein nicht ausreicht, um die Anwendbarkeit von Artikel 15 zu begründen. Eine Unterscheidung zwischen (inter)aktiven und passiven Websites nimmt der Erwägungsgrund dabei jedoch nicht vor. Eine solche Unterscheidung würde im Endeffekt auch nur dazu führen, dass das Ausrichten der Tätigkeit des Unternehmers letztlich davon abhängig gemacht wird, mit welchen technischen Mitteln ein Vertrag im Endeffekt geschlossen wird[34]. Zur Klärung der Frage nach der kommerziellen Absicht und Zwecksetzung des Unternehmers trägt eine solche Unterscheidung hingegen nichts bei[35].

Zudem ist zu bedenken, dass eine passive Website den ersten Schritt in der Kommunikation zwischen Arzt und Patient darstellen kann. Auch eine passive Website kann eine Form von Werbung darstellen, welche im Vorfeld des Vertragsschlusses angesiedelt ist[36]. Es würde einen Wertungswiderspruch darstellen, einerseits entsprechend zielgerichtete Verlautbarungen in Fernsehen, Rundfunk oder Presse als Werbung anzusehen, nicht hingegen derartige Veröffentlichungen im Internet[37]. Eine Ausrichtung der Tätigkeit auf den Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers im Sinne des Art. 15 I lit. c) EuGVVO kann daher sowohl über (inter)aktive als auch über passive Websites erfolgen[38].

---

32 Schlussanträge *GAin Trstenjak* (o. Fußn. 20), Rdnr. 63.

33 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl EG 2008 Nr. L 177/6 v. 4.7.2008.

34 *Mankowski*, IPrax 2009, 238 (241); Schlussanträge *GAin Trstenjak* (o. Fußn. 20), Rdnr. 65.

35 *Mankowski*, IPrax 2009, 238 (241).

36 Hierzu *Mankowski*, IPrax 2009, 238 (241).

37 *LG Feldkirch* v. 20. Oktober 2003, 3 R 259/03s.

38 Schlussanträge *GAin Trstenjak* (o. Fußn. 20), Rdnr. 76; an der Unterteilung in (inter)aktive und passive websites zweifelnd Rauscher/*Staudinger* (o. Fußn. 15), Art. 15 Brüssel I-VO Rdnr. 15

(2) Erfordernis des Vertragsabschlusses im Fernabsatz?

Im Zusammenhang mit der Verwendung einer Website ist angesichts dessen, dass mit der Formulierung des Art. 15 I lit. c) 2. Var. EuGVVO der wachsenden Bedeutung des elektronischen Geschäftsverkehrs Rechnung getragen werden sollte, zudem umstritten, ob der Verbrauchervertrag im Wege des Fernabsatzes zustande gekommen sein muss. Für die Fälle grenzüberschreitender medizinrechtlicher Streitigkeiten ist diese Frage insbesondere deswegen von Bedeutung, weil ein Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient, wie beschrieben, gerade nicht im Fernabsatz geschlossen wird. Wer einen Vertragsabschluss im Fernabsatz für erforderlich hält, wird die Eröffnung der Art. 15 ff. EuGVVO in medizinrechtlichen Streitigkeiten im Hinblick auf von Ärzten oder Kliniken verwendete Websites also in der Regel ablehnen müssen.

Diejenigen Stimmen, die tatsächlich einen Vertragsabschluss im Fernabsatz für erforderlich halten, beziehen sich in aller Regel auf eine für die mitgliedstaatlichen Gerichte nicht bindende[39] gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission[40], in welcher der Rat und die Kommission betonen, dass die Zugänglichkeit einer Website allein nicht ausreicht, um die Anwendbarkeit von Art. 15 EuGVVO zu begründen; vielmehr sei erforderlich, dass diese Website auch zum Vertragsschluss im Fernabsatz auffordert, und dass tatsächlich ein Vertragsschluss im Fernabsatz erfolgt sei. Auf diese Erklärung nimmt zudem der 24. Erwägungsgrund der Rom I-VO[41] Bezug. Dies ist in systematischer Hinsicht von Bedeutung, weil nach dem siebten Erwägungsgrund der Rom I-VO der materielle Anwendungsbereich und die Bestimmungen der Rom I-VO im Einklang mit der EuGVVO stehen müssen.

Gegen eine solche Sichtweise spricht jedoch, dass der Wortlaut des Art. 15 I lit. c) EuGVVO das Erfordernis eines Vertragsabschlusses im Fernabsatz nicht aufstellt.

---

39 *Kropholler* (o. Fußn. 27), Art. 15 Rdnr. 25;Rauscher/*Staudinger* (o. Fußn. 15), Art. 15 Brüssel I-VO Rdnr. 14; *LG München I*, K&R 2008, 322 (323).

40 Gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zu den Artikeln 15 und 73 der Verordnung Nr. 44/2001, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_de_declaration.pdf, nicht amtlich veröffentlicht, abgedruckt in IPrax 2001, 259 (261).

41 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl EG 2008 Nr. L 177/6 v. 4. Juli 2008.

Anders als nach dem bisherigen Recht (Art. 13 I Nr. 3 lit. b) EuGVÜ[42]) kommt es auf den Ort des Vertragsschlusses oder der Vornahme der dafür erforderlichen Rechtshandlungen nicht an. Nach Art. 15 I lit. c) EuGVVO wird die notwendige Verbindung zum Staat des Verbrauchers schon dadurch geschaffen, dass dessen Vertragspartner seine Tätigkeit auf diesen Staat ausrichtet[43]. Ebenso wenig kann es dann aber darauf ankommen, ob der Verbraucher die für den Vertragsschluss erforderlichen Rechtshandlungen über den Fernabsatz vornimmt[44].

Überdies wäre ein solches Erfordernis problematisch, weil eine Anwendung der besonderen Zuständigkeitsregeln bei Verbrauchersachen ansonsten in medizinrechtlichen Streitigkeiten von vornherein ausgeschlossen wäre (siehe oben)[45]. Mit dem Zweck des Art. 15 I lit. c) EuGVVO, dem Verbraucher als der schwächeren Vertragspartei günstigere Regeln für die Zuständigkeitsbestimmung an die Hand zu geben[46], wäre dies kaum zu vereinbaren. Dieses Schutzbedürfnis liegt gerade auch beim Patienten im Verhältnis zum Arzt oder zur Klinik vor. Von dem Erfordernis eines Vertragsabschlusses im Fernabsatz ist daher abzusehen.

β) Kriterien für eine Ausrichtung bei einer Werbung im Internet

Fraglich ist dann allerdings, unter welchen Umständen bei der Verwendung einer Website eine Ausrichtung des Arztes oder der Klinik auf den Mitgliedstaat des Patienten zu bejahen ist. Die Kriterien, die auf eine bewusste Ausrichtung auf den Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers schließen lassen, können vielfältig sein. So sind beispielsweise (kostenlose) internationale Vorwahlnummern, Anfahrtsbeschreibungen, die Angabe internationaler Zugverbindungen und Flugstrecken sowie Transportangebote zu berücksichtigen[47]. Insbesondere sollte berücksichtigt werden, wenn Ärzte oder Kliniken ausländische *top-level-domains* wie „.de“, „.fr“ oder „.at“ verwenden[48]. Gleichfalls können gezielte Hinweise auf eine Kostener-

42 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (BGBl. II 1972, S. 774).

43 *BGH*, NJW 2009, 298; *Kropholler* (o. Fußn. 27), Art. 15 EuGVVO Rdnr. 23.

44 *LG München I*, K&R 2008, 322 (323).

45 Vgl. hierzu Schlussanträge *GAin Trstenjak* (o. Fußn. 20), Rdnr. 55 sowie Fußn. 28.

46 Hierzu Schlussanträge *GAin Trstenjak* (o. Fußn. 20), dort Fußn. 51; *EuGH* v. 19. Januar 1993, Rs. C 89/91 (Shearson Lehman/TVB), Slg. 1993, I-139, Rdnr. 18 (noch zu Art. 13 EuGVÜ).

47 Schlussanträge *GAin Trstenjak* (o. Fußn. 20), Rdnr. 78.

48 Hierzu Schlussanträge *GAin Trstenjak* (o. Fußn. 20), Rdnr. 84.

stattungspflicht durch den heimischen Krankenversicherer eine Ausrichtung indizieren. Nicht zuletzt kann auch eine Werbung mit der eigenen ärztlichen Qualifikation ein die Ausrichtung indizierendes Kriterium sein, sofern diese eigene Qualifikation mit derjenigen eines in einem anderen Mitgliedstaat tätigen Mediziners verglichen wird.

Inwieweit die auf einer Website verwendete Sprache als Kriterium für ein „Ausrichten" herangezogen werden kann, ist allerdings umstritten[49]. Nach Ansicht der Kommission ist die auf einer Website benutzte Sprache nicht als Indiz für die Feststellung einer Ausrichtung heranzuziehen[50]. Dies mag für den Fall zutreffen, dass allein die Heimatsprache oder Englisch als Weltsprache verwendet wird. Wirbt allerdings eine ungarische Klinik auf ihrer Website in deutscher Sprache, so kann auch die Sprache als Indiz für eine Ausrichtung auf Deutschland und/oder Österreich herangezogen werden. Um dann festzustellen, auf welchen „Mitgliedstaat" konkret eine Ausrichtung vorgenommen wird, müssten allerdings noch andere Kriterien in die Beurteilung einfließen. Bei einer Sprache, die nur in einem Mitgliedstaat gesprochen wird, könnte bereits die Sprache genügen, um eine Ausrichtung zu bejahen[51].

V. Der Sozialversicherungsträger im Zuständigkeitssystem der Verbrauchersachen

Im Zusammenhang mit den besonderen Zuständigkeitsregeln bei Verbrauchersachen stellt sich noch ein weiteres Problem. Nach deutschem Recht hat ein deutscher Sozialversicherungsträger einem Versicherten aufgrund eines im Ausland begangenen Behandlungsfehlers Leistungen zu gewähren. Erbringt der Sozialversicherungsträger die geschuldete Versicherungsleistung, so gehen gem. § 116 SGB X sämtliche Ansprüche des versicherten Patienten gegen den ausländischen Arzt beziehungsweise Klinikträger auf ihn über. Fraglich ist in einem solchen Fall der Legalzession, ob die besonderen Vorschriften der Art. 15 – 17 EuGVVO auch für den Sozialversicherungsträger als Legalzessionar gelten.

Klagt ein Sozialversicherungsträger aus übergegangenem Recht, so bilden den Gegenstand des Verfahrens Ansprüche aus dem Vertrag, den der Patient als Ver-

---

49 Hierzu *von Hein*, IPrax 2006, 16 (19) m.w.N.

50 Gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zu den Artikeln 15 und 73 der Verordnung Nr. 44/2001 (o. Fußn. 40).

51 Vgl. Schlussanträge *GAin Trstenjak* (o. Fußn. 20), Rdnrn. 81 ff.

braucher abgeschlossen hat. Mithin betrifft eine solche Klage eine Verbrauchersache. Aktivlegitimiert für Klagen in Verbrauchersachen ist nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 16 I EuGVVO jedoch ausschließlich der Verbraucher. Will man dem Versicherer die Möglichkeit einräumen, gemäß Art. 16 Abs. 1 EuGVVO an seinem Sitz gegen den ausländischen Arzt oder die ausländische Klinik zu klagen[52], müsste man den persönlichen Anwendungsbereich des Art. 16 I EuGVVO insoweit erweitern, als dass auch der aus einer Legalzession berechtigte Versicherer als Verbraucher anzusehen ist.

Die Rechtsprechung hatte einen solchen Fall der Legalzession hinsichtlich der Zuständigkeit bei Verbrauchersachen bisher nicht zu entscheiden. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang allerdings die Entscheidung des *EuGH* in der Sache *Shearson Lehman/TVB*[53]. Der *EuGH* hatte in dieser Angelegenheit unter Geltung des EuGVÜ über die Abtretung von Verbraucherschutzrechten und der damit verbundenen Zuständigkeitsfrage zu entscheiden. In der Sache entschied der *EuGH*, dass die besonderen Zuständigkeiten bei Verbrauchersachen nicht für einen Zessionar eröffnet sind, der Ansprüche vom Verbraucher erworben hat und diese nunmehr im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auf dem Klagewege verfolgt. Handelt ein Kläger in Ausübung seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit und sei er nicht selbst an einem Vertrag beteiligt, kämen ihm die besonderen Zuständigkeitsregeln nicht zugute. Das Übereinkommen schütze den Verbraucher nur, soweit er persönlich Kläger oder Beklagter in einem Verfahren sei[54]. Die Sonderregelung in Verbrauchersachen sei von dem Bestreben getragen, den Verbraucher als wirtschaftlich schwächeren und rechtlich weniger erfahrenen Vertragspartner zu schützen[55]. Aus dem Schutzzweck ergebe sich, dass die insoweit vorgesehenen besonderen Zuständigkeitsregeln nicht auf Personen ausgedehnt werden dürfen, die dieses Schutzes nicht bedürften[56]. Die Vorschriften in Verbrauchersachen bezögen sich nach ihrem Wortlaut und Zweck nur auf nicht berufs- oder gewerbebezogen handelnde private Endverbraucher[57].

---

52 Hierfür *Giesen* (o. Fußn. 6), S. 147 ff. (154), der diesen Gerichtsstand auch für den Privatversicherer gelten lassen will, der nach § 86 VVG aus übergegangenem Recht vorgeht.

53 *EuGH* v. 19. Januar 1993, Rs. C 89/91 (Shearson Lehman/TVB), Slg. 1993, I-139.

54 *EuGH* v. 19. Januar 1993, Rs. C 89/91 (Shearson Lehman/TVB), Slg. 1993, I-139, Rdnr. 23.

55 *EuGH* v. 19. Januar 1993, Rs. C 89/91 (Shearson Lehman/TVB), Slg. 1993, I-139, Rdnr. 18.

56 *EuGH* v. 19. Januar 1993, Rs. C 89/91 (Shearson Lehman/TVB), Slg. 1993, I-139, Rdnr. 19.

57 *EuGH* v. 19. Januar 1993, Rs. C 89/91 (Shearson Lehman/TVB), Slg. 1993, I-139, Rdnr. 22.

Für eine Klagemöglichkeit des Versicherers nach Art. 16 I EuGVVO könnte sprechen, dass der Versicherer die Ansprüche des versicherten Patienten nicht durch ein zusätzliches, verbraucherfremdes Rechtsgeschäft erwirbt, sondern kraft Gesetzes[58]. Allerdings handelt er in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit. Ebenso muss bezweifelt werden, ob die Schutzwürdigkeit des Versicherers derjenigen des Verbrauchers gleichzustellen ist. Für eine entsprechende Schutzwürdigkeit, auch des Versicherers, könnte sprechen, dass dieser im Falle einer Klage in Konsequenz aus seiner Tätigkeit zugunsten des Versicherten handelt[59]. Dem Schutz und der Verwirklichung der materiellen Privatrechte der versicherten Patienten wird jedoch bereits im Rahmen des gesetzlichen Forderungsübergangs insofern Rechnung getragen, als der Versicherer die geschuldete Versicherungsleistung an den versicherten Patienten erbringt. Aus der Perspektive, dass das Prozessrecht dem Schutz und der Verwirklichung materieller Privatrechte dient[60], ergibt sich daher kein entsprechendes Bedürfnis einer Ausweitung des Anwendungsbereichs des Art. 16 I EuGVVO auf den Versicherer. Der notwendige Schutz des Verbrauchers über das Prozessrecht verliert hier an Bedeutung. Dieser Schutz gebührt nur dem Verbraucher, der Kläger oder Beklagter in einem Verfahren ist[61]. Es geht also allein um die Frage der Schutzwürdigkeit des Versicherers. Zwar ist für diesen eine Klage im Ausland in aller Regel nur schwer absehbar, gerade dann, wenn sich der versicherte Patient im Ausland unvorhergesehen behandeln lässt. Gegen eine entsprechende Schutzwürdigkeit spricht jedoch, dass der Versicherer im Vergleich zum Verbraucher sowohl über überlegene Erkenntnisse im medizinischen als auch im juristischen Sektor verfügt. Die Überforderungssituation, die einen Verbraucher vor einer Klage im Ausland abschrecken könnte, wird bei einem Versicherer nicht gleichermaßen ausgeprägt sein.

Zu beachten gilt ferner, dass der besondere Zuständigkeitskatalog bei Verbrauchersachen weitreichende Ausnahmen vom Grundsatz des Beklagtenwohnsitzes gem. Art. 2 EuGVVO vorsieht. Demzufolge müssen die Vorschriften der Art. 15 ff. EuGVVO restriktiv interpretiert werden[62].

Im Hinblick auf die besonderen Zuständigkeiten für Versicherungssachen hat der *EuGH* bereits festgestellt, dass ein besonderer Schutz im Rahmen der Beziehun-

---

58 *Giesen* (o. Fußn. 6), S. 147 ff. (154).

59 So *Giesen* (o. Fußn. 6), S. 147ff. (154).

60 Hierzu *Hess* (o. Fußn. 7), § 5 Rdnr. 78.

61 *EuGH* v. 19. Januar 1993, Rs. C 89/91 (Shearson Lehman/TVB), Slg. 1993, I-139.

62 Rauscher/*Staudinger* (o. Fußn. 15), Vorbem. Art. 15 – 17 Brüssel I-VO Rdnr. 3; *Kropholler* (o. Fußn. 27), Art. 15 EuGVVO Rdnr. 6;Fasching/*Simotta* (o. Fußn. 14), Art. 15 EuGVVO Rdnr. 1 m.w.N.

gen zwischen gewerblich Tätigen des Versicherungssektors, von denen keiner als der gegenüber dem anderen Schwächere angesehen werden kann, nicht gerechtfertigt ist[63]. Folglich könne sich ein Sozialversicherungsträger als Legalzessionar der Ansprüche des unmittelbar bei einem Autounfall Geschädigten nicht auf Art. 9 I lit. c) EuGVVO in Verbindung mit Art. 11 II EuGVVO stützen, um vor den Gerichten des Mitgliedstaates seiner Niederlassung gegen den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Versicherer des mutmaßlichen Unfallverursachers unmittelbar Klage zu erheben. Ein Legalzessionar der Ansprüche des unmittelbar Geschädigten hingegen, der selbst als schwächere Partei angesehen werden kann, müsste in den Genuss der, in diesen Bestimmungen festgelegten, besonderen Zuständigkeitsregeln kommen können. Dies wäre insbesondere bei den Erben eines Verkehrsunfallopfers der Fall[64].

Überträgt man diese Wertung auf die Fragestellung der Eröffnung der besonderen Zuständigkeitsregeln bei Verbrauchersachen auch für den Sozialversicherungsträger, wird man feststellen müssen, dass das Schutzbedürfnis des Versicherers geringer ist als dasjenige des versicherten Patienten. Entsprechend sollte sich der aus einer Legalzession berechtigte Versicherer nicht auf die besonderen Zuständigkeitsvorschriften der Art. 15 ff. EuGVVO berufen können[65].

VI. Reichweite der Zuständigkeitsvorschriften in Verbrauchersachen

Haftungsansprüche des Patienten können sich aus Vertrag oder Delikt ergeben. Aus diesem Grunde stellt sich in Fällen medizinischer Behandlungen zudem die Frage nach der Reichweite der Zuständigkeitsvorschriften in Verbrauchersachen. Deliktische Ansprüche unterfallen nicht den Art. 15 ff. EuGVVO. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, der von „Vertrag“ und „Ansprüchen aus einem Vertrag“ spricht.

---

63 *EuGH* v. 26. Mai 2005, Rs. C 77/04 (GIE Réunion européenne u. a.), Slg. 2005, I-4509, Rdnr. 20.

64 *EuGH* v. 17. September 2009, Rs. C-347/08 (Vorarlberger Gebietskrankenkasse), Slg. 2009, I-8661 Rdnrn. 42 ff. Ähnlich *LG Bremen* v. 25. Januar 2001, VersR 2001, 782 = JuS 2001, 1027: Nicht jedem Rechtsnachfolger dürften die privilegierten Gerichtsstände gewährt werden. Dies sei nur dort möglich, wo die Schutzwürdigkeit der Ausgangssituation bestehen bleibe. Bei einer Rechtsnachfolge infolge einer Legalzession fehle es gerade an einem vergleichbaren Schutzbedürfnis.

65 Hiervon unabhängig ist die Frage nach der Zulässigkeit einer Nebenintervention des Sozialversicherungsträgers, vgl. hierzu *OLG Koblenz*, MedR 2010, S. 715 f.

Fraglich ist allerdings, ob im Rahmen der Art. 15 ff. EuGVVO nicht jedenfalls über deliktische Ansprüche neben solchen aus Vertrag mit entschieden werden kann. Auch wenn man mit einer derartigen „vertragsakzessorischen Lösung“ unter Geltung der EuGVVO Neuland betreten würde[66], sprechen doch Gründe der Prozessökonomie (Gefahr der Zuständigkeitsspaltung) sowie ein Vergleich zu Art. 4 Nr. 3 Rom II-VO[67], nachdem sich bei einer unerlaubten Handlung eine offensichtlich engere Bindung an einen anderen Staat als dem des Schadenseintritts aus einem zwischen den Parteien bereits bestehenden Vertrag ergeben kann, für eine entsprechende Kognitionsbefugnis auch deliktischer Ansprüche im Rahmen der Art. 15 ff. EuGVVO[68].

Literatur

Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.) Cross Border Treatment – Die Arzthaftung wird europäisch, Berlin 2010

Fasching, Hans (Hrsg.) Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Auflage, Wien 2000 ff.

Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A. (Hrsg.) Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, München 2010

Giesen, Richard Regress und Unterstützungsleistung der deutschen Sozialversicherung nach Behandlungsfehlern im EU-Ausland, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), Cross Border Treatment – Die Arzthaftung wird europäisch, Berlin 2010, 147-170

Hein, *Jan von* Kapitalanlegerschutz im Verbrauchergerichtsstand zwischen Fernabsatz und konventionellem Vertrieb: Zur Konkretisierung der „Ausrichtung“ in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, IPrax 2006, 16-20

Hess, *Burkhard* Europäisches Zivilprozessrecht, Ein Lehrbuch, Heidelberg 2010

---

66 *Staudinger*, in: *Rauscher* (o. Fußn. 15), Vorbem. Art. 15 – 17 Brüssel I-VO Rdnr. 4.

67 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl EG 2007 Nr. L 199/40 v. 31.7.2007.

68 Vgl. *Spickhoff* (o. Fußn. 5), S. 287, 291; *Staudinger*, in: *Rauscher* (o. Fußn. 15), Vorbem. Art. 15 – 17 Brüssel I-VO Rdnr. 4.

Katzenmeier, Christian / Bergdolt, Klaus (Hrsg.), Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, Heidelberg 2009

Kropholler, *Jan* Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Auflage, Frankfurt am Main 2005

Mankowski, *Peter* Kurzkommentar zu LG München I, Urt. v. 18.7.2007 – 9 O 16842/06, EWiR 2008, 245-246

Mankowski, *Peter* Neues zum „Ausrichten" unternehmerischer Tätigkeit unter Art. 15 Abs. 1 lit. c) EuGVVO, IPrax 2009, 238-245

Prütting, *Hanns* Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung – Forum Shopping, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), Cross Border Treatment – Die Arzthaftung wird europäisch, Berlin 2010, 37-51

Rauscher, Thomas (Hrsg.) Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 2006

Spickhoff, *Andreas* Die Arzthaftung im Europäischen Internationalen Privat- und Prozessrecht, in: Neminem laedere, Aspekte des Haftungsrechts, Festschrift für Gerda Müller zum 65. Geburtstag am 26. Juni 2009, 287-309

Weiß, *Johannes*, Medizintourismus in Deutschland, Die Reise ins Krankenhaus, DMW 2010, 135

Alexander Dietzel

Probleme des Europäischen Mahnverfahrens

I. Die EuMVVO an der Spitze des europäischen zivilprozessualen Integrationsprozesses

Mit der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 über die Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens (EuMVVO) und der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 über die Einführung eines Verfahrens für geringfügige Forderungen (EuBagatellVO) hat der europäische Gesetzgeber eine neue Generation von Rechtsakten geschaffen, die jeweils genuin Europäische Erkenntnisverfahren zum Regelungsinhalt haben. Hatte sich die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (EuGVVO, auch Brüssel-I-VO) noch auf eine Koordination der nationalen Prozessrechte beschränkt, indem sie die Entscheidungszuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten[1] sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen[2] bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten vereinheitlichte, so ermöglichte es die Verordnung (EG) Nr. 805/2004 über die Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels (EuVTVO) bereits durch ein Klauselerteilungsverfahren im Ursprungsmitgliedstaat einen in allen Mitgliedstaaten anerkannten und vollstreckbaren Titel zu schaffen. Für solche Europäischen Vollstreckungstitel ist die Durchführung eines Exequaturverfahrens in den Mitgliedstaaten nicht mehr erforderlich. Die EuMVVO geht einen Schritt weiter und befindet sich damit an der Spitze dieses stark fragmentarisch fortschreitenden Integrationsprozesses. Grundlage dieses Integrationsprozesses ist das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten in die Rechtsstaatlichkeit der von ihnen durchgeführten Verfahren, welches derart weitgehend ist, dass auf eine Ergebniskontrolle verzichtet wird[3]. Soweit man bei einem Mahnverfahren aufgrund der Eigenart des Verfahrens überhaupt von einem Erkenntnisverfahren sprechen kann, ist dieses jedenfalls ausschließlich auf europäischer Ebene angesiedelt und folgt europäischen Verfahrensregeln[4], die lediglich im Hinblick auf die Entscheidungszuständigkeiten der nationalen Gerichte vom autonomen Recht der Mitgliedstaaten ausgefüllt werden[5]. Ziel des Verfahrens nach der EuMVVO ist der Erlass und die Vollstreckbarerklärung eines Europäischen Zahlungsbefehls, eines genuin europäischen Titels, der in allen Mitgliedstaaten ohne weitere Voraussetzungen vollstreckt werden kann, Art. 19 EuMVVO.

Das Verfahren nach der EuMVVO tritt neben die einzelstaatlichen Mahnverfahren, Art. 1 II EuMVVO. Deren Verfahrensergebnis, in Deutschland der Vollstre-

---

[1] Art. 2 f. EuGVVO.
[2] Art. 33 f. EuGVVO.
[3] Vgl. *Preuß*, ZZP 2009, 3 (5).
[4] Rauscher/*Varga*, EuZPR (2010), Einl. EG-BagatellVO, Rndr. 6.
[5] Vgl. für Deutschland die §§ 1079-1096 ZPO.

ckungsbescheid nach § 700 ZPO, ist wiederum der Bestätigung nach der EuVT-VO zugänglich, so dass auch auf der Grundlage eines nationalen Verfahrens ein europaweit vollstreckungsfähiger Titel geschaffen werden kann[6]. Im deutschen Recht existiert zusätzlich ein internationales Mahnverfahren, §§ 688 III, 703d ZPO, das zur Anwendung gelangt, wenn entweder Antragsteller oder Antragsgegner keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat haben. Insoweit ergeben sich allerdings Überschneidungen mit dem Anwendungsbereich des Europäischen Mahnverfahrens, der, wie zu zeigen sein wird, ebenfalls nicht auf Parteien mit Wohnsitz in den Mitgliedstaaten beschränkt ist.

II. Überblick über das Verfahren zum Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls

Das Verfahren zum Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls ist weitgehend in der EuMVVO geregelt. Es ist dem Vereinfachungszweck der Verordnung (Art. 1 I lit. a) EuMVVO) entsprechend stark formalisiert. Die Durchführung des Verfahrens in Deutschland als Vollstreckungsmitgliedstaat richtet sich nach den §§ 1079-1096 ZPO.

Der Zahlungsbefehl wird auf einem Standardformular beantragt, das im Anhang I der Verordnung enthalten ist. Das Formular hat die Angaben zu enthalten, die in Art. 7 II lit. a) – g) EuMVVO aufgeführt sind und ist im Übrigen in der Sprache des Prozessgerichts auszufüllen[7]. Der Antrag muss gem. Art. 7 II lit. a) EuMVVO die Parteien benennen und die Forderung (lit. b) einschließlich der Nebenforderungen beziffern sowie die Bezeichnung des Streitgegenstands unter Angabe des Sachverhalts enthalten (lit. d). Des Weiteren müssen im Antrag die Beweise bezeichnet werden, die zur Begründung der Forderung herangezogen werden (lit. e). Schließlich ist anzugeben, woraus sich die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (lit. f) und die Eröffnung des Anwendungsbereichs der EuMVVO ergibt (lit. g)[8]. Diese Angaben können größtenteils mittels vorgegebenen Zahlungscodes gemacht werden, die für alle Sprachen einheitlich sind. Ist das Formular bei Gericht eingegangen, prüft dieses von Amts wegen, ob die in den Art. 2, 3, 4, 6 und 7 EuMVVO genannten Voraussetzungen erfüllt sind, ob es zuständig ist

6 *Sujecki*, NJW 2007, 1622 (1623).
7 *Hess/Bittmann*, IPrax 2008, 305 (307).
8 Rauscher/*Gruber*, EuZPR (2010), Einl EG-MahnVO, Rdnr. 13.

und ob die Forderung begründet erscheint, Art. 8 EuMVVO. Bei behebbaren Unvollständigkeiten bzw. Unrichtigkeiten fordert das Gericht gem. Art. 9 EuMVVO zur Vervollständigung oder Berichtigung des Antrags auf. Kommt der Antragsteller dem nicht nach, so weist das Gericht den Antrag auf Erlass des Europäischen Zahlungsbefehls zurück, Art. 11 EuMVVO.

Sind die in Art. 8 EuMVVO genannten Voraussetzungen erfüllt, so erlässt das Gericht in der Regel binnen 30 Tagen den Europäischen Zahlungsbefehl, Art. 12 I EuMVVO, der dem Antragsgegner gem. Art. 13 oder Art. 14 EuMVVO mit einer Abschrift des Antragsformulars zugestellt wird. Durchführungsvorschriften ist hierfür in Deutschland der § 1089 I, II ZPO. Erhebt der Antragsgegner innerhalb von 30 Tagen nach Zustellung gem. Art. 16 I EuMVVO Einspruch gegen den Europäischen Zahlungsbefehl, so wird das Verfahren vor den zuständigen Gerichten des Ursprungsmitgliedstaates gemäß den Regeln eines ordentlichen Zivilprozesses weitergeführt, es sei denn, der Antragsteller hat ausdrücklich beantragt, das Verfahren in einem solchen Fall zu beenden, Art. 17 I EuMVVO. Ursprungsmitgliedstaat ist der Staat, in dem der Europäische Zahlungsbefehl erlassen wurde, Art. 5 Nr. 1 EuMVVO. Bei Deutschland als Ursprungsmitgliedstaat bestimmt sich die Abgabe des Verfahrens nach den §§ 1090, 1091 ZPO. Erhebt der Antragsgegner keinen Einspruch innerhalb der Frist, wird der Europäische Zahlungsbefehl vom Amts wegen für vollstreckbar erklärt, Art. 18 EuMVVO. Ein weiterer Rechtsbehelf hiergegen ist nicht vorgesehen.

Aus dem vollstreckbar gewordenen Europäischen Zahlungsbefehl kann der Antragsteller in allen Mitgliedstaaten vollstrecken, ohne dass es einer Vollstreckbarkeitserklärung bedarf und ohne dass seine Anerkennung angefochten werden kann, Art. 19 EuMVVO. Das Vollstreckungsverfahren richtet sich gem. Art. 21 I EuMVVO nach dem jeweiligen nationalen Prozessrecht, in Deutschland nach den §§ 1093 ff. ZPO.

III. Anwendungsbereich und internationale Zuständigkeit

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Die EuMVVO ist in grenzüberschreitenden Rechtssachen bei Zivil- und Handelssachen anwendbar, Art. 2 I EuMVVO. Der Begriff der Zivil- und Handelssache ist identisch mit dem in Art. 2 EuGVVO[9] mit der Ausnahme, dass Ansprüche aus außervertraglichen Schuldverhältnissen aufgrund von Art. 2 II lit. d) EuMVVO ausscheiden. Da von der Einheitlichkeit der Begriffsbildung und -verwendung bei Rechtsakten auf der europäischen Ebene ausgegangen werden kann, ist der Begriff der Ansprüche aus außervertraglichen Schuldverhältnissen im Sinne des Art. 2 II lit. d) EuMVVO im Lichte des Art. 2 I der Verordnung (EG) 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-II-VO) auszufüllen. Darin werden Ansprüche aus außervertraglichen Schuldverhältnissen verordnungsautonom definiert als Ansprüche aus unerlaubter Handlung, *culpa in contrahendo*, Geschäftsführung ohne Auftrag, sowie aus einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Das Europäische Mahnverfahren kann nur für fällige und bezifferte Zahlungsansprüche durchgeführt werden, Art. 4 EuMVVO. Anders als beispielsweise im deutschen Mahnverfahren für hochverzinsliche Verbraucherkredite, § 688 I Nr. 2 ZPO besteht keine sonstige sachliche Eingrenzung der Verfahrensgegenstände. Ebenso wenig ist eine summenmäßige Begrenzung des zugrunde liegenden Anspruchs vorgesehen, wie dies bei der EuBagatellVO der Fall ist[10]. Zudem muss nach Art. 4 EuMVVO die zu titulierende Forderung lediglich fällig sein. Fälligkeit der Forderung bedeutet im deutschen Recht nicht, dass der Gläubiger die Forderung bereits unbedingt durchsetzen kann, vergleiche nur den Wortlaut des § 273 I BGB. Nach § 273 kann der Schuldner die Erfüllung des fälligen Anspruchs verweigern. Stammt die Forderung aus einem gegenseitigen, noch unerfüllten Vertrag, kann zugunsten des Schuldners noch die Einrede des § 320 BGB bestehen, die die Durchsetzbarkeit, nicht aber die Fälligkeit des Anspruchs hindert. Bestimmt man den Begriff der Fälligkeit aus Art. 4 I EuMVVO somit nach autonomen, im Beispiel nach deutschem Recht, könnten im Europäischen Mahnverfahren Forderungen aus gegenseitigen, unerfüllten Verträgen tituliert und dem Schuldner der Schutz der Einrede des nichterfüllten Vertrags genommen werden. Zum Teil wird daher in der Literatur vorgeschlagen, den Begriff der Fälligkeit

---

9 *Hess/Bittmann*, IPrax 2008, 305 (306); Rauscher/*Gruber*, EuZPR (2010), EG-MahnVO, Art. 2 Rndr. 4.

10 *Röthel/Sparmann*, WM 2007, 1101 (1102).

autonom auszulegen in dem Sinne, dass der Gläubiger die Forderung nach dem zugrunde liegenden Recht unbedingt verlangen kann[11]. Allerdings sind solche Überlegungen müßig, als in Art. 7 II EuMVVO sowie in Ziffer 6 des Antragsformulars schon eine Erklärung des Antragstellers zur Fälligkeit der Forderung gar nicht vorgesehen und damit eine gerichtliche Überprüfung der Fälligkeit nicht möglich ist[12]. Dem Schuldner bleibt in der Praxis nur der Einspruch nach Art. 16 I EuMVVO, will er seine Einrede geltend machen. Angesichts des den Gläubiger begünstigenden, im Hinblick auf Rechtsschutzmöglichkeiten des Antragsgegners stark kupierten Verfahrens, eröffnet die beschriebene Ausgestaltung des sachlichen Anwendungsbereichs ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential.

2. Räumlicher Anwendungsbereich

Die EuMVVO ist auf grenzüberschreitende Rechtssachen anwendbar, Art. 2 EuMVVO. Eine grenzüberschreitende Rechtssache liegt vor, wenn mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem des befassten Gerichts hat, Art. 3 I EuMVVO. Der Wohnsitz ist nach Art. 59, 60 der EuGVVO zu bestimmen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung, ob eine grenzüberschreitende Rechtssache vorliegt, ist der Zeitpunkt, zu dem der Antrag auf Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls nach der Verordnung eingereicht wird. Die Zuständigkeit des Gerichts bestimmt sich wiederum nach Art. 6 I EuMVVO, der auf die Zuständigkeitsregelungen der EuGVVO (Kapitel II, Art. 2 f.) verweist. Allgemein kann formuliert werden, dass aufgrund von Art. 3 I EuMVVO Bezugspunkte des Verfahrens zu je zwei Mitgliedstaaten gegeben sein müssen, wobei das befasste Gericht in einem der betroffenen Mitgliedstaaten zu liegen hat. Auf den Wohnsitz des Antragsstellers kommt es nicht an, er kann seinen Wohnsitz auch außerhalb der EU haben. Darauf, ob der Antragsgegner seinen Wohnort in einem Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat hat, kommt es ebenfalls nicht an. Erfasst sind auch Fälle, in denen beide Parteien ihren Wohnsitz in demselben Mitgliedstaat haben, sich aber an ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates wenden[13]. Nicht erfasst sind Konstellationen,

---

11 *Musielak*, ZPO, 7. Aufl. (2010), vor §§ 1087 ff. Rdnr. 6; *Kormann*, Das neue Europäische Mahnverfahren im Vergleich zu den Mahnverfahren in Deutschland und Österreich, 2007, S. 62 f.; *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 92 f.

12 *Freitag/Leible*, BB 2008, 2750 (2751); *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren (2008), S. 92 f.

13 *Weber*, ZAK 2006, 250; *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 97.

in denen eine der Parteien ihren Wohnsitz in einem Drittstaat und die andere Partei ihren Wohnsitz in dem Staat des befassten Gerichts hat[14].

3. Internationale Zuständigkeit

a) Allgemeine internationale Zuständigkeit, Art. 6 I EuMVVO

Für die internationale Zuständigkeit des Mahngerichts verweist Art. 6 I EuMVVO auf die Art. 2 f. der EuGVVO. Nicht mit geregelt sind von Art. 6 I EuMVVO die örtliche und sachliche Zuständigkeit, Erwägungsgrund (12). Grundsätzlich ist das Mahnverfahren im Wohnsitzstaat des Antragsgegners durchzuführen, Art. 6 I EuMVVO in Vielem mehr Art. 2 I EuGVVO. Bedeutsam für das Mahnverfahren dürfte auch die internationale Zuständigkeit am Erfüllungsort gemäß Art. 5 Nr. 1 EuGVVO sein.

Aus dem Verweis des Art. 6 I EuMVVO ergibt sich eine erhebliche Ausweitung der internationalen Zuständigkeit für das Europäische Mahnverfahren, denn es wird auch Art. 4 I EuGVVO in Bezug genommen. Danach bestimmt sich die Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaates nach dessen autonomen Recht, wenn der Beklagte, hier der Antragsgegner, keinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates hat. Somit können alle Zuständigkeitsregelungen der *lex fori* eines Mitgliedstaates Anwendung finden, also auch die exorbitanten Zuständigkeiten wie zum Beispiel § 23 ZPO. Der Schutz des Art. 3 II der EuGVVO wird dem Drittstaatler nicht zuteil[15]. Bedenkt man, dass es sich bei dem Europäischen Mahnverfahren um ein genuin Europäisches Erkenntnisverfahren handelt, so ist nicht einzusehen, warum dieses nur aufgrund der Zuständigkeitsregelung der *lex fori* auf Drittstaatler Anwendung finden soll. Die Anordnung eines solchen Verfahrens wäre ausschließlich aufgrund der Zuständigkeitsregelungen der EuGVVO als solcher legitimierbar, da die Streitigkeit nur in solchen Fällen einen hinreichenden Binnenmarktbezug haben wird, in denen ein Gerichtsstand nach der EuGVVO begründet ist[16]. Hinzu kommt, dass die Anleitung zum Ausfüllen des Formblatts A, die dem Antragsformular beigefügt ist, darauf hinweist, dass der Antrag bei dem nach der EuGVVO zuständigen Gericht einzureichen ist. Zwar schließt die EuGVVO über den Verweis auf die Zuständigkeitsregeln der *lex fori* in Art. 4 I

---

14 Rauscher/*Gruber,* EuZPR (2010), EG-MahnVO, Art. 3 Rndr. 4.

15 *Schack*, IZVR, 5. Aufl. (2010), § 8 II Rdnrn. 374 f.

16 Rauscher/*Varga,* EuZPR (2010), EG-BagatellVO, Rdnr. 7; *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 101.

EuGVVO auch die nationalen Zuständigkeiten mit ein; deutlich und transparent ist der Hinweis jedoch nicht.

b) Ausschließliche internationale Zuständigkeit am Verbraucherwohnsitz, Art. 6 II EuMVVO

Gegen Verbraucher kann ein Europäisches Mahnverfahren wegen der Sonderregelung des Art. 6 II EuMVVO nur in dem Mitgliedstaat durchgeführt werden, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat. Daraus folgt im Umkehrschluss auch, dass gegen Verbraucher, die ihren Wohnsitz in Drittstaaten haben, die Durchführung eines Europäischen Mahnverfahrens nicht zulässig ist. Art. 6 II EuMVVO definiert den Verbraucherbegriff verordnungsautonom. Verbraucher ist nach Art. 6 II EuMVVO, wer einen Vertrag zu einem Zweck schließt, der nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Die EuMVVO überlässt die Frage, ob der Antragsgegner Verbraucher im Sinne des Art. 6 II EuMVVO ist, der Beurteilung des Antragstellers. Dieser hat unter Ziffer 6 des Formblatts A hierzu Angaben zu machen, denen das Gericht vertrauen muss. Eine wirkungsvolle Sanktion, wie sie Art. 7 III EuMVVO für das missbräuchliche oder schlicht unsorgfältige Ausfüllen des Antrags ankündigt, hat der deutsche Gesetzgeber bislang nicht in die ZPO aufgenommen[17].

Art. 6 II EuMVVO regelt für das Mahnverfahren eine ausschließliche internationale Zuständigkeit im Wohnsitzstaat des Verbrauchers. Da diese unabhängig von der internationalen Zuständigkeit für die Hauptsache nach der EuGVVO ist, können Fälle auftreten, in denen die internationale Zuständigkeit für das Europäische Mahnverfahren und die internationale Zuständigkeit für das Hauptsacheverfahren in unterschiedlichen Mitgliedstaaten liegen. Regelmäßig wird zwar eine internationale Zuständigkeit nach Art. 2 I EuGVVO am Wohnsitz des Verbrauchers gegeben sein, so dass das Europäische Mahnverfahren nach Einspruch einfach in Form des Hauptsacheverfahrens in dem Mitgliedstaat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, fortgesetzt werden kann. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn Art. 6 II EuMVVO eine andere ausschließliche internationale Zuständigkeit in einem anderen Mitgliedstaat verdrängt[18]. Legt der Verbraucher nunmehr Einspruch gemäß Art. 16 I EuMVVO gegen den Europäischen Zah-

17 *Röthel/Sparmann*, WM 2007, 1101 (1102).

18 *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 106; Rauscher/*Gruber,* EuZPR (2010), EG-MahnVO, Art. 6 Rdnrn. 16 f.

lungsbefehl ein, so stellt sich die Frage, ob das Verfahren im genannten Fall überhaupt in ein streitiges Verfahren übergeleitet werden kann. Eine internationale Verweisungsmöglichkeit an das nach der EuGVVO in der Hauptsache zuständige Streitgericht in einem anderen Mitgliedstaat besteht mangels Rechtsgrundlage nicht. Das Gericht am Wohnsitzort des Verbrauchers bleibt in diesen Fällen dem Grundgedanken der *perpetuatio fori* folgend auch nach Einspruch weiter für die Hauptsache zuständig[19]. Dem wird zum Teil entgegengehalten, dass es der Antragsteller damit in der Hand hätte, eine Gerichtsstandsvereinbarung oder eine anderweitige ausschließliche Zuständigkeit einfach durch Einleitung eines Mahnverfahrens zu umgehen. Hiergegen wiederum ist einzuwenden, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne des Art. 23 EuGVVO in Verbrauchersachen wohl nur in den wenigsten Fällen Bestand zu Lasten des Verbrauchers haben dürfte, vergleiche Art. 17 EuGVVO. Ist eine solche zugunsten des Verbrauchers erfolgt, so ist anzunehmen, dass es (zumindest auch) im Interesse des Verbrauchers liegt, das Hauptsacheverfahren in dessen Wohnsitzstaat durchzuführen. Der Antragsgegner ist dadurch hinreichend geschützt, dass es ihm freisteht, ausdrücklich zu beantragen, das Europäische Mahnverfahren im Falle eines Einspruchs des Verbrauchers zu beenden, Art. 17 I EuMVVO. Eine ausschließliche internationale Zuständigkeit für Ansprüche, die gegen einen Verbraucher im Wege des Europäischen Mahnverfahrens geltend gemacht werden, dürfte wohl auch nur im Falle des Art. 22 Nr. 1 EuGVVO gegeben sein. Hiervon erfasst sind Zahlungsansprüche wegen Miete und Pacht von unbeweglichen Sachen gegen den Verbraucher, die nur im Belegenheitsstaat der unbeweglichen Sache geltend gemacht werden können. Auch in diesem Fall bestehen keine spezifischen nationalen Zuständigkeitsinteressen, wie zum Beispiel die Notwendigkeit von Grundbucheintragungen et cetera, da im Wege des Europäischen Mahnverfahrens ohnehin nur Zahlungsansprüche geltend gemacht werden können. Die *perpetuatio fori* für das Hauptsacheverfahren bei dem mit dem Europäischen Mahnverfahren befassten Gericht kann somit auch nicht spezifisch nationale Zuständigkeitsinteressen unterlaufen.

4. Örtliche, sachliche und funktionale Zuständigkeit nach der lex fori, Art. 26, 29a EuMVVO

Die Regelungskompetenz für örtliche und sachliche Zuständigkeit verbleibt bei den Mitgliedstaaten, Art. 26, 29a EuMVVO. Auf die von der EuGVVO mit geregelten örtlichen Zuständigkeiten wird von Art. 6 I EuMVVO nicht verwiesen.

---

19 *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 107.

Dies ergibt sich aus Art. 29a I lit a) EuMVVO. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit ist in Deutschland nach der Durchführungsvorschrift § 1087 I ZPO ausschließlich und damit streitwertunabhängig dem Amtsgericht Wedding in Berlin zugewiesen[20]. Funktional zuständig ist der Rechtspfleger, § 20 Nr. 7 RPflG.

IV. Rechtsschutz des Antragsgegners gegen den Europäischen Zahlungsbefehl

Fehlende richterliche Kontrolle aufgrund der funktionellen Zuständigkeit des Rechtspflegers und Einstufigkeit des Verfahrens machen effektive Rechtsschutzmöglichkeiten des Antragsgegners erforderlich. Die Verfahrenszwecke der Vereinfachung und Beschleunigung aus Art. 1 I lit. a) EuMVVO gelten nicht um jeden Preis. Inwieweit das Rechtsbehelfssystem der EuMVVO dem gerecht werden kann, ist im Folgenden zu untersuchen.

1. Prüfungsumfang des Mahngerichts

a) Prüfung nach Art. 8 EuMVVO

Die Systematik der EuMVVO drängt den Antragsgegner nicht ausschließlich in eine aktive Rolle, was seinen Rechtsschutz angeht. Art. 8 EuMVVO verpflichtet das Gericht bereits bei Einleitung des Europäischen Mahnverfahrens zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Art. 2, 3, 4, 6 und 7 EuMVVO erfüllt sind und ob die Forderung begründet erscheint. Nach Art. 8 S. 2 EuMVVO kann die Prüfung sogar im automatisierten Verfahren erfolgen. Damit stellt sich die Frage nach dem Prüfungsmaßstab und –umfang des Gerichts. Ziel des Europäischen Mahnverfahrens nach Erwägungsgrund (9) sowie Art. 1 I lit. a) EuMVVO ist es, schnell und kostengünstig einen Titel zu schaffen, was eine umfassende Begründetheitsprüfung von vornherein ausschließt. Nach Erwägungsgrund 16 sollte das Gericht schlüssig prüfen, ob die Forderung begründet ist. Deshalb wird teilweise in der Literatur davon ausgegangen, dass eine Schlüssigkeitsprüfung erforderlich sei[21]. Dies ist eine Prüfung, ob der Sachverhalt, unterstellt, er habe sich in der vom Antragsteller vorgetragenen Form tatsächlich zugetragen, den geltend gemachten

[20] *Röthel/Sparmann*, WM 2007, 1101 (1102).
[21] *Hess/Bittmann*, IPRax 2008, 305 (307); *Sujecki*, ZEuP 2006, 124 (140).

Anspruch tragen würde. Eine solche Schlüssigkeitsprüfung kann das Gericht allerdings schon deshalb nicht vornehmen, weil der Antragsteller im Antrag nicht unbedingt Angaben zum Sachverhalt und zum anwendbaren Recht machen muss, Art. 7 I lit. d) EuMVVO[22]. Einen weiteren Anhaltspunkt für den Prüfungsmaßstab gibt Art. 11 I lit. b) EuMVVO. Danach ist der Antrag zurückzuweisen, wenn die Forderung offensichtlich unbegründet erscheint. Deshalb kann im Rahmen des Art. 8 EuMVVO nur geprüft werden, ob allein aufgrund der Angaben im Antrag die Forderung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt bestehen kann. Damit ist lediglich eine Plausibilitätskontrolle erforderlich, so dass ein Antrag in der Regel nur zurückgewiesen wird, wenn er widersprüchliche Angaben enthält[23]. Dies könnte gegebenenfalls sogar gemäß Art. 8 S. 2 EuMahnVO im automatisierten Verfahren erfolgen. Hierzu passt die in Art. 12 IV lit. a) EuMVVO vorgesehene Belehrung des Antragsgegners nicht ganz. Art. 12 IV lit. a) EuMVVO verpflichtet das Gericht, den Antragsgegner darüber zu informieren, dass der Zahlungsbefehl ausschließlich auf der Grundlage der Angaben des Antragstellers erlassen und vom Gericht nicht nachgeprüft wurde. Die Wendung „nicht nachgeprüft wurde" könnte vom Antragsgegner so verstanden werden, dass gar keine Prüfung durch das Gericht erfolgt ist.

b) Funktionale Prüfungskompetenz

Im Kontrast zu § 3 I, III AVAG, wonach ein Vorsitzender Richter am Landgericht im Verfahren über die Vollstreckbarkeitserklärung einer ausländischen Entscheidung zuständig ist (Art. 38 EuGVVO, § 722 ZPO)[24], steht die funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers für den Erlass des Europäischen Zahlungsbefehls nach § 20 Nr. 7 RPflG. Das AVAG sieht im Verfahren über die Vollstreckbarkeitserklärung einer Entscheidung, die schon einmal von einem Richter auf ihre inhaltliche Richtigkeit überprüft worden ist, wiederum die Zuständigkeit eines Richters vor. Demgegenüber lässt es § 20 Nr. 7 RPflG für das genuin Europäische Erkenntnisverfahren im Rahmen eines Verfahrens über den Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls ausreichen, dass ein Rechtspfleger Letzteren erlässt. Angesichts der europaweiten Geltung des Titels gegenüber der nur auf einen Mitglied-

22 *Schlosser*, EuZPR, EuMahnVO, Art. 8 Rdnr. 2; Rauscher/Gruber, EuZPR (2010), Art. 11, Rdnrn. 6 f.

23 *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 177 f.; *Kormann*, Europäisches Mahnverfahren, 2007, S. 132 ff.; *Preuß*, ZZP 2009, 3 (7).

24 Vgl. Zöller/*Geimer*, ZPO, 28. Aufl. (2009), § 722 Rdnr. 39; *Hess*/*Bittmann*, IPrax 2008, 305 (307); *dies*. IPrax 2007, 277 (278); *Schack*, IZVR, 5. Aufl. (2010), Rndrn. 947 ff.

staat beschränkten Vollstreckbarerklärung einer Entscheidung im Rahmen von §§ 722 ZPO, 3 I, III AVAG wäre im Europäischen Mahnverfahren eine richterliche Kontrolle erst recht erforderlich.

c) Sanktionensystem, Art. 7 III EuMVVO

Die EuMVVO vertraut weitgehend darauf, dass der Antragssteller korrekte Angaben in seinem Antrag macht. Dieser muss lediglich gem. Art. 7 III EuMVVO in dem Antrag erklären, dass er die Angaben nach bestem Wissen und Gewissen gemacht hat und anerkennen, dass jede vorsätzliche falsche Auskunft angemessene Sanktionen nach dem Recht des Ursprungsmitgliedstaates nach sich ziehen kann. Wie bereits beschrieben, können diese Angaben so wesentliche Punkte wie die Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Forderung oder aber bereits die internationale Zuständigkeit betreffen. Die Angabe, ob es sich um einen Verbrauchervertrag handelt, hat Auswirkungen auf die Zuständigkeit des Mahngerichts, Art. 6 II EuMVVO. Bei falschen Angaben zur Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Forderung wird in der Regel nach deutschem Recht eine Betrugsstrafbarkeit nach §§ 263, 263a StGB in Betracht kommen[25]. Für die falschen Angaben hinsichtlich des Verbrauchergerichtsstands dürften diese Tatbestände mangels Vorliegen eines Vermögensschadens nicht gegeben sein. Andere Sanktionen, wie sie Art. 7 III EuMVVO für die missbräuchliche Ausfüllung des Antrags ankündigt, hat der deutsche Gesetzgeber bislang nicht in die ZPO aufgenommen[26]. Die Rechtsfolge eines Anspruchs auf Schadensersatz nach § 826 I BGB dürfte auch nicht ausreichend sein, einen gewünschten Abschreckungseffekt zu erzielen[27]. Art. 7 III EuMVVO ist wegen der besonderen Abhängigkeit des Verfahrens von den Angaben des Gläubigers und der daraus resultierenden Missbrauchsanfälligkeit als Handlungsauftrag an den nationalen Gesetzgeber zu begreifen[28].

---

25 *Vollkommer/Huber*, NJW 2009, 1105 (1106).

26 *Röthel/Sparmann*, WM 2007, 1101 (1102).

27 *Röthel/Sparmann*, WM 2007, 1101 (1102).

28 *Röthel/Sparmann*, WM 2007, 1101 (1102); a.A. Rauscher/*Gruber*, EuZPR (2010), EG-MahnVO, Art. 7 Rdnr. 17.

2. System der Rechtsbehelfe der EuMVVO

Das System der Rechtsbehelfe der EuMVVO folgt dem Grundgedanken, dass materielle Einwendungen gegen den zugrunde liegenden Anspruch vor den Gerichten des Ursprungsmitgliedstaates, das heißt dem Mitgliedstaat, in dem der Europäische Zahlungsbefehl erlassen wurde[29], geltend zu machen sind. Dies folgt aus Art. 22 III EuMVVO, wonach eine Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehls in der Sache selbst im Vollstreckungsstaat nicht stattfinden darf. Im Vollstreckungsmitgliedstaat kann dem System der EuMVVO zufolge nur unter engen Voraussetzungen gegen den Europäischen Zahlungsbefehl vorgegangen werden. Vollstreckungsmitgliedstaat ist der Mitgliedstaat, in dem die Zwangsvollstreckung aus dem Europäischen Zahlungsbefehl betrieben wird, Art. 5 Nr. 2 EuMVVO. Dies ist dergestalt zu verstehen, dass entweder ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet ist oder zumindest eine konkrete Vollstreckungsmaßnahme droht.

Hinsichtlich der Rechtsbehelfe im Ursprungsmitgliedstaat differenziert die EuMVVO danach, ob der Rechtsbehelf vor oder nach Ablauf der Einspruchsfrist eingelegt wird. Der Einspruch nach Art. 16 EuMVVO ist ohne weitere Voraussetzungen bis zum Ablauf der Einspruchsfrist zulässig. Mit diesem können alle materiellen Einwendungen gegen den zugrunde liegenden Anspruch geltend gemacht werden. Daneben ist aber auch eine Vollstreckungsgegenklage nach nationalem Recht, in Deutschland nach §§ 767, 1095 II ZPO, zulässig. Diese knüpft an materielle Einwendungen an, bei denen die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach Ablauf der Einspruchsfrist des Art. 16 EuMVVO entstanden sind und die durch den Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können[30]. Dem steht Art. 22 III EuMVVO nicht entgegen, da dieser nur verhindern soll, dass der in einem anderen Mitgliedstaat erlassene Europäische Zahlungsbefehl in der Sache nachgeprüft wird. Durchbrochen wird der beschriebene Grundsatz der Zuordnung materieller Einwendungen zu den genannten Rechtsbehelfen von Art. 20 II EuMVVO. Hat der Antragsteller bei Stellung des Antrags arglistig gehandelt, ist der Rechtsbehelf des Art. 20 II EuMVVO unabhängig davon, ob die Einspruchsfrist abgelaufen ist, statthaft. Bestimmte formelle Einwendungen können im Ursprungsmitgliedstaat gegen den Europäischen Zahlungsbefehl nach Ablauf der Einspruchsfrist unter den Voraussetzungen des Art. 20 I EuMVVO geltend gemacht werden.

---

[29] Art. 5 Nr. 1 EuMVVO.

[30] Prütting/Gehrlein/*Halfmeier*, ZPO, 2010, § 1096 Rdnr. 1.

Über Art. 22 EuMVVO kann der Antragsgegner bestimmte materielle Einwendungen gegen den Europäischen Zahlungsbefehl auch im Vollstreckungsmitgliedstaat geltend machen. Nach Art. 22 I EuMVVO kann auf Antrag des Antragsgegners unter bestimmten Voraussetzungen die Vollstreckung aus dem Europäischen Zahlungsbefehl im Vollstreckungsstaat verweigert werden, wenn eine Entscheidung mit entgegenstehender Rechtskraft besteht. Art. 22 II EuMVVO ermöglicht es dem Antragsgegner, die Verweigerung der Vollstreckung zu beantragen, wenn er den Betrag, der dem Antragssteller im Europäischen Zahlungsbefehl zuerkannt worden ist, entrichtet hat. Dies dürfte eine der wichtigsten materiellen Einwendungen darstellen. Ob daneben noch eine Vollstreckungsgegenklage nach dem autonomen Recht des Vollstreckungsmitgliedstaates zulässig, beziehungsweise wie deren Anwendungsbereich gegenüber dem des Art. 22 II EuMVVO abzugrenzen ist, gehört zu den umstrittensten Frage um die EuMVVO. Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 1096 II ZPO jedenfalls eine Vollstreckungsgegenklage gegen den Europäischen Zahlungsbefehl in Deutschland als Vollstreckungsmitgliedstaat ausdrücklich vorgesehen. Vorzuziehen ist, wie noch zu zeigen sein wird, die Annahme, dass Art. 22 II EuMVVO weit auszulegen und dafür gegenüber nationalen Rechtsbehelfen im Vollstreckungsmitgliedstaat, die materielle Einwendungen betreffen, abschließend ist.

Wegen Mängeln des Vollstreckungsverfahrens können die Gerichte des Vollstreckungsstaates immer angerufen werden, da sich das Vollstreckungsverfahren nach der jeweiligen *lex fori* des Staates richtet, in dem die Vollstreckung erfolgt, Art. 21 I EuMVVO. Ist Deutschland Vollstreckungsstaat, so wäre die Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO statthaft.

a) Rechtsbehelfe im Ursprungsmitgliedstaat nach der EuMVVO

aa) Einspruch als genuin europäischer Rechtsbehelf, Art. 16 EuMVVO

Der Einspruch gemäß Art. 16 EuMVVO ist bei dem Ursprungsgericht innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab dem Tag der Zustellung des Europäischen Zahlungsbefehls einzulegen, Art. 16 I, II EuMVVO, wobei die Absendung innerhalb von 30 Tagen genügt. Im Übrigen ist der Einspruch an keinerlei inhaltliche Voraussetzungen gebunden[31]. Wird der Einspruch eingelegt, so gibt das Ursprungsgericht

[31] *Freitag*, IPrax 2007, 509.

das Verfahren nach den Vorschriften der *lex fori* an das zuständige Streitgericht ab, Art. 18 I, II EuMVVO, § 1090 ZPO.

Zahlt der Antragsgegner nach Zustellung des Europäischen Zahlungsbefehls innerhalb der Einspruchsfrist, wird er den Europäischen Zahlungsbefehl für begründet anerkennen und deshalb gerade keinen Einspruch einlegen. Vielmehr wird er schon aufgrund der Belehrung, die aufgrund von Art. 12 III EuMVVO erfolgen muss, von einem Einspruch absehen. Nach Art. 12 III EuMVVO ist der Antragsgegner in dem Europäischen Zahlungsbefehl davon in Kenntnis zu setzen, dass er entweder den im Zahlungsbefehl aufgeführten Betrag an den Antragsteller zahlen oder Einspruch innerhalb der Frist des Art. 16 II EuMVVO einlegen kann[32]. Lässt der Antragsgegner die Einspruchsfrist verstreichen, bleibt der Antragsteller weiter im Besitz eines vollstreckbaren Titels, obwohl der Antragsgegner den titulierten Betrag bereits gezahlt hat. Hiergegen kann der Antragsgegner nur noch im jeweiligen Vollstreckungsmitgliedstaat gem. Art. 22 II EuMVVO vorgehen. Er muss damit in jedem Mitgliedstaat, in dem eine Vollstreckung aus dem Europäischen Zahlungsbefehl droht, einen Rechtsbehelf nach Art. 22 II EuMVVO einlegen. Über den Einspruch nach Art. 16 EuMVVO hätte er vielmehr erreichen können, dass der Europäische Zahlungsbefehl gar nicht erst für vollstreckbar erklärt wird.

Zahlt der Antragsgegner innerhalb der Einspruchsfrist und geht er im Wege des Einspruchs gem. Art. 16 EuMVVO gegen den Europäischen Zahlungsbefehl vor, wird das Verfahren in ein ordentliches zivilprozessuales Verfahren nach der *lex fori* überführt, Art. 17 II EuMVVO, §§ 1090 f. ZPO. Der Antragsgegner hat aber mit der Zahlung den titulierten Anspruch als begründet anerkannt und damit bereits zu erkennen gegeben, dass er sich nicht über den zugrunde liegenden Anspruch streiten möchte. Er möchte lediglich dem Europäischen Zahlungsbefehl die Vollstreckbarkeit nehmen. Der Antragsteller kann den Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Antragsgegners zurücknehmen, §§ 1090 II S. 2, 696 IV ZPO. Ergibt sich aus dieser Erklärung, dass der Antragsteller auch die Klage endgültig zurücknehmen möchte, endet das Verfahren endgültig und es kann eine Kostenentscheidung analog § 269 III S. 3 ZPO ergehen[33]. Dann bestimmt sich die Kostentragungspflicht der Parteien unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen. Dabei kann auch nach dem Rechtsgedanken des § 93 ZPO berücksichtigt werden, ob der Antragsgegner Anlass dazu gegeben hat, das Mahnverfahren

---

32 Rauscher/*Gruber*, EuZPR (2010), EG-MahnVO, Art. 22 Rdnr. 33.

33 *BGH* NJW 2005, 512;Prütting/Gehrlein/*Sommer*, ZPO 2010, § 696 Rdnr. 24.

durchzuführen. In der sofortigen Zahlung nach Zustellung eines Europäischen Zahlungsbefehls kann ein sofortiges Anerkenntnis im Sinne des § 93 ZPO gesehen werden, wenn nicht der Antragsgegner zuvor anderweitig Anlass zur Durchführung des Mahnverfahrens gegeben hat. Die Tatsache, dass der Antragsgegner Einspruch gemäß Art. 16 I EuMVVO eingelegt hat, steht der Annahme eines sofortigen Anerkenntnisses im Sinne des § 93 ZPO durch die Zahlung nicht entgegen, obwohl er stets die Einleitung eines streitigen Verfahrens zum Inhalt hat, Art. 17 I EuMVVO. Zwar erscheint es widersprüchlich, wenn der Antragsgegner einerseits sofort zahlt, andererseits aber aufgrund des Einspruchs ein streitiges Verfahren über den Anspruch selbst einleitet. Der Einspruch kann aber inhaltlich nicht beschränkt werden[34], so dass dem Antragsgegner kein anderer, gleich geeigneter Rechtsbehelf zusteht, um die Vollstreckbarkeitserklärung des Europäischen Zahlungsbefehls zu unterbinden und eine Kostenentscheidung zu seinen Lasten zu verhindern. Insbesondere ist Art. 22 II EuMVVO nicht gleich geeignet, da dieser nur im jeweiligen Vollstreckungsmitgliedstaat einen Antrag auf Verweigerung der Vollstreckung ermöglicht und der Antragsgegner diesen Antrag unter Umständen in mehreren Mitgliedstaaten stellen müsste, in denen die Vollstreckung droht. Der Antragsteller ist genügend geschützt, denn er hat es wegen Art. 17 I a.E. EuMVVO in der Hand, zu beantragen, dass das Europäische Mahnverfahren im Falle eines Einspruchs des Antragsgegners beendet wird.

bb) Überprüfung in Ausnahmefällen, Art. 20 EuMVVO

α) Art. 20 I lit. a) und b) EuMVVO

Bei der Überprüfung in Ausnahmefällen gem. Art. 20 I EuMVVO handelt es sich ebenfalls um einen genuin europäischen Rechtsbehelf, der bei dem Gericht des Ursprungsmitgliedstaates einzulegen ist. Mit diesem soll dem Antragsgegner die Möglichkeit eingeräumt werden, trotz Versäumung der Einspruchsfrist des Art. 16 EuMVVO unter bestimmten Voraussetzungen gegen den Europäischen Zahlungsbefehl vorzugehen. Im deutschen Recht wird dieser Rechtsbehelf ausgefüllt durch § 1092 ZPO.

Grundtatbestand ist entgegen des umgekehrten Aufbaus der Norm Art. 20 I lit. b) EuMVVO. Danach kann der Antragsgegner eine Überprüfung des Europäischen

---

34 Rauscher/*Gruber*, EuZPR (2010), EG-MahnVO, Art. 16 Rdnr. 6: Dies folge aus Art. 16 I EuMVVO selbst sowie aus dem Formblatt F.

Zahlungsbefehls beantragen, falls er aufgrund höherer Gewalt oder aufgrund außergewöhnlicher Umstände ohne eigenes Verschulden an der Einlegung des Einspruchs gehindert war und unverzüglich tätig wird. Hierbei handelt es sich um ein mit der deutschen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß §§ 233 ff. ZPO vergleichbares Institut[35].

Einen Unterfall hiervon ohne eigenständigen Anwendungsbereich bildet Art. 20 I lit. a) EuMVVO[36]. Danach kann der Antragsgegner eine Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehls beantragen, wenn der Zahlungsbefehl ohne Empfangsnachweis in der Form des Art. 14 EuMVVO zugestellt und die Zustellung ohne Verschulden des Antragsgegners nicht so rechtzeitig erfolgt ist, dass er Vorkehrungen für seine Verteidigung hätte treffen können. Bei der Zustellung nach Art. 14 EuMVVO handelt es sich um eine Ersatzzustellung[37]. Die Zustellung nach Art. 14 EuMVVO wird allerdings unabhängig vom Verhalten des Antragsgegners bewirkt und kann damit keinen Einfluss auf dessen Verteidigungsmöglichkeiten haben, da die Einspruchsfrist des Art. 16 I EuMVVO erst mit der Zustellung zu laufen beginnt[38]. Nach allgemeiner Ansicht kommt es damit entgegen dem Wortlaut hier auf die Kenntnis des Antragsgegners von der Zustellung an[39]. Folglich handelt es sich bei Art. 20 I lit. a) EuMVVO in dieser Lesart nur um einen Unterfall von Art. 20 I lit. b) EuMVVO. Wenn die Norm schon bei rechtlich erfolgter, wenn auch tatsächlich fiktiver Zustellung eine Rechtsschutzmöglichkeit für den Antragsteller eröffnet, so muss Art. 20 I lit. a) EuMVVO erst recht Anwendung finden, wenn die Zustellung gar nicht oder fehlerhaft erfolgt ist[40].

β) Art. 20 II EuMVVO

Nach Art. 20 II EuMVVO ist der Antragsgegner auch nach Ablauf der Einspruchsfrist berechtigt, eine Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehls zu beantragen, wenn dieser gemessen an den Voraussetzungen der Verordnung oder sonst aufgrund außergewöhnlicher Umstände offensichtlich zu Unrecht erlassen

---

[35] *Preuß*, ZZP 2009, 3 (10).

[36] *Freitag*, IPrax 2007, 509 (510).

[37] Erwägungsgrund (20) EuMVVO, vgl. auch *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 321.

[38] *Freitag*, IPrax 2007, 509 (510); *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 322.

[39] *Freitag*, IPrax 2007, 509 (510); *Hess/Bittmann*, IPrax 2008, 305 (309); *Röthel/Sparmann*, WM 2007, 1101 (1104);Rauscher/*Gruber* , EuZPR (2010), EG-MahnVO, Art. 20 Rdnrn. 17 f.; *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 322.

[40] *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 321.

wurde. Die Norm soll dem Antragsgegner keine zweite Einspruchsmöglichkeit verschaffen und ist folglich restriktiv auszulegen, Erwägungsgrund (25).

Die erste Variante des Art. 20 II EuMVVO betrifft den Fall, dass die Voraussetzungen für den Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls nach den Art. 2-7 EuMVVO nicht gegeben sind. Überprüfungsmaßstab ist dann Art. 11 EuMVVO. Hätte der Antrag auf Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls nach Art. 11 EuMVVO zurückgewiesen werden müssen, so ist der Europäische Zahlungsbefehl, gemessen an den Voraussetzungen der Verordnung, zu Unrecht erlassen worden[41]. Dem Merkmal „offensichtlich" dürfte dann keine eigenständige Bedeutung mehr zukommen.

Die „sonstigen außergewöhnlichen Umstände" in der zweiten Variante des Art. 20 II EuMVVO können auch auf Gründen beruhen, die außerhalb der Verletzung der Verfahrensvorschriften der EuMVVO liegen. Damit sind vor allem Fälle gemeint, in denen der Antrag auf falschen Angaben des Antragstellers beruht, Erwägungsgrund (25). Allein die falschen Angaben im Formular dürften noch keine außergewöhnlichen Umstände darstellen. Es genügt daher nicht, wenn sich der Antragsgegner auf das Nichtbestehen der Forderung beruft, denn hierfür ist der Einspruch nach Art. 16 EuMVVO vorgesehen. Hinzukommen muss vielmehr der Vortrag des Antragsgegners, dass der Antragsteller das Mahnverfahren zum Prozessbetrug nutze oder sonst arglistig handele, um sich einen Titel zu verschaffen[42]. Zum Teil wird in der Literatur auf Fälle abgestellt, die eine Restitutionsklage nach § 580 ZPO rechtfertigen würden[43].

γ) Rechtsfolgen, Art. 20 III EuMVVO

Sind die Voraussetzungen des Art. 20 I EuMVVO gegeben, so findet eine inhaltliche Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehls nicht statt. Vielmehr wird dieser vom Gericht sogleich für nichtig erklärt, soweit die Tatbestände des Art. 20 I lit. a) oder b) EuMVVO erfüllt sind, Art. 20 III UA 2 EuMVVO. Diese Nichtigerklärung wird in den Fällen des Art. 20 I EuMVVO folglich nicht an das Ergebnis einer inhaltlichen Überprüfung, sondern nur an das Vorliegen eines Überprüfungsgrunds geknüpft. Damit entspricht die Nichtigkeitsfolge nicht dem An-

41 Rauscher/*Gruber*, EuZPR (2010), EG-MahnVO, Art. 20 Rdnr. 34.

42 *Preuß*, ZZP 2009, 3 (17);Rauscher/*Gruber*, EuZPR (2010), EG-MahnVO, Art. 20 Rdnr. 34; *Freitag/Leible*, BB 2008, 2750 (2754); *Kloiber*, ZfRV 2009, 68 (77).

43 *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 327.

trag nach Art. 20 I EuMVVO, der auf die Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehls gerichtet ist. Bei unverschuldeter Versäumung der Einspruchsfrist des Art. 16 II EuMVVO steht der Antragsgegner somit besser als bei fristgemäßer Einspruchseinlegung, denn hätte der Antragsgegner rechtzeitig Einspruch eingelegt, wäre das Verfahren in einen ordentlichen Zivilprozess übergeleitet worden, Art. 17 I EuMVVO. Der Antragsteller wird durch Art. 20 III UA 2 EuMVVO unbillig benachteiligt. Er kann nicht erkennen, ob der Antragsgegner die Frist unverschuldet versäumt hat. Wird dann der Europäische Zahlungsbefehl vom Gericht für nichtig erklärt, so muss der Antragsteller bei drohender Verjährung unmittelbar nach Nichtigerklärung neue Maßnahmen einleiten. Zum Teil wird deshalb Art. 20 III UA 2 EuMVVO so verstanden, dass in den Fällen des Art. 20 I EuMVVO auch eine inhaltliche Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehls durchgeführt werden muss und eine Nichtigerklärung nur stattfindet, wenn das Gericht zu der Überzeugung kommt, dass dem Antragsteller kein Anspruch zusteht[44]. Dieser Auslegung dürften jedenfalls in Deutschland die Ausführungsvorschriften der ZPO zur EuMVVO entgegenstehen. Eine Wiedereinsetzung in die Frist des Art. 16 II EuMVVO findet gem. § 1092 IV ZPO gerade nicht statt. Das Verfahren endet vielmehr gem. § 1092 III ZPO.

Die Nichtigkeitsfolge des Art. 20 III UA 2 EuMVVO ist allerdings dann gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen des Art. 20 II EuMVVO vorliegen, da in diesen Fällen eine inhaltliche Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehls stattfindet.

b) Nationale Rechtsbehelfe im Ursprungsmitgliedstaat

Da die verordnungsautonomen Rechtsbehelfe an Tatbestände anknüpfen, die vor Ablauf der Einspruchsfrist entstanden sind, bleibt Raum für Rechtsbehelfe nach dem nationalen Recht des Ursprungsmitgliedstaates, mit denen Einwendungen gegen den Europäischen Zahlungsbefehl geltend gemacht werden können, die nach Ablauf der Einspruchsfrist entstanden sind[45]. So ermöglicht es der deutsche Gesetzgeber in § 1095 II ZPO dem Antragsgegner, Einwendungen gegen den in Deutschland erlassenen Europäischen Zahlungsbefehl mit der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen, wenn die Gründe, auf denen diese Einwendungen beruhen, nach Zustellung des Europäischen Zahlungsbefehls entstanden sind und durch Einspruch nach Art. 16 EuMVVO nicht mehr geltend gemacht werden

[44] *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 334.
[45] *Preuß*, ZZP 2009, 3 (20).

können. Diese Einwendungen können formeller und materieller Natur sein[46]. Damit wird vor allem die Zahlung an den Antragsteller nach Ablauf der Einspruchsfrist erfasst. In Deutschland als Ursprungsmitgliedstaat kann gemäß §§ 767, 1095 II ZPO eine Vollstreckungsgegenklage erhoben werden. Art. 22 III EuMVVO steht einer nationalen Vollstreckungsabwehrklage nicht entgegen, da dieser nur verhindern soll, dass eine inhaltliche Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehls außerhalb des Ursprungsmitgliedstaates stattfindet.

c) Rechtsbehelfe im Vollstreckungsmitgliedstaat nach der EuMVVO

Verordnungsautonome Rechtsbehelfe gegen die Vollstreckung aus einem Europäischen Zahlungsbefehl im Vollstreckungsmitgliedstaat stellt die EuMVVO dem Antragsgegner mit Art. 22 I, II EuMVVO zur Verfügung. Inhaltlich sind Art. 22 I, II EuMVVO auf eng umgrenzte Einwendungstatbestände beschränkt, wobei Absatz 1 die entgegenstehende Rechtskraft einer früheren Entscheidung und Absatz 2 die Entrichtung des titulierten Geldbetrags durch den Antragsgegner nach Ablauf der Einspruchsfrist betrifft. Im Übrigen darf der Europäische Zahlungsbefehl im Vollstreckungsmitgliedstaat in der Sache selbst nicht nachgeprüft werden, Art. 22 III EuMVVO. Über Anträge nach Art. 22 I EuMVVO entscheidet in Deutschland als Vollstreckungsmitgliedstaat gemäß § 1096 I ZPO in Vielem mehr § 1084 I ZPO das nach §§ 764 II, 802 ZPO zuständige Vollstreckungsgericht.

aa) Entgegenstehende Rechtskraft anderer Titel, Art. 22 I EuMVVO

Art. 22 I EuMVVO behandelt den Fall, dass der Europäische Zahlungsbefehl mit einer früheren Entscheidung oder einem früheren Zahlungsbefehl unvereinbar ist, die beziehungsweise der in einem Mitgliedstaat oder einem Drittland ergangen ist, sofern die frühere Entscheidung oder der frühere Zahlungsbefehl zwischen denselben Parteien wegen desselben Streitgegenstands ergangen ist (lit. a) und die frühere Entscheidung oder der frühere Zahlungsbefehl die notwendigen Voraussetzungen für die Anerkennung im Vollstreckungsmitgliedstaat erfüllt (lit. b) und die Unvereinbarkeit im gerichtlichen Verfahren des Ursprungsmitgliedstaates nicht geltend gemacht werden konnte (lit. c). Vereinfacht ausgedrückt, betrifft Art. 22 I EuMVVO den Fall, dass zwischen denselben Parteien ein Titel über den

[46] *Hess*, IZPR, 2010, § 10 Rdnr. 74; *Hess/Bittmann*, IPrax 2008, 305 (310).

denselben Streitgegenstand besteht, den auch der Europäische Zahlungsbefehl zum Inhalt hat, und dieser andere Titel im Vollstreckungsmitgliedstaat, nicht aber im Ursprungsmitgliedstaat anerkannt wird. Der Begriff der Entscheidung in Art. 22 I EuMVVO ist dabei so auszulegen wie in Art. 32 IV Nr. 1 EuVTVO[47]. Der Begriff des Zahlungsbefehls erfasst wiederum nicht den Europäischen Zahlungsbefehl, sondern nur nationale Zahlungsbefehle, wie beispielsweise den deutschen Vollstreckungsbescheid. Ein Europäischer Zahlungsbefehl ist nämlich wegen Art. 19 EuMVVO in allen Mitgliedstaaten automatisch anzuerkennen, so dass die Voraussetzung des Art. 22 I lit. c) EuMVVO, wonach die Unvereinbarkeit im Ursprungsmitgliedstaat nicht geltend gemacht werden konnte, nicht vorliegen kann. Der Begriff des Streitgegenstands ist so zu verstehen, wie in Art. 34 EuGVVO der Begriff des Anspruchs. Dem Wortlaut des Art. 22 I EuMVVO zufolge sind zwar nur miteinander unvereinbare Entscheidungen betroffen. Nach seinem Normzweck erfasst Art. 22 I EuMVVO nicht nur Entscheidungen, die einen genau gegenteiligen Inhalt wie der Europäische Zahlungsbefehl haben, sondern auch solche, die einen identischen Inhalt haben[48]. Normzweck des Art. 22 I EuMVVO ist es, dem Antragsgegner Rechtsschutz sowohl gegen widersprüchliche Entscheidungen als auch gegen die drohende Zwangsvollstreckung aus zwei Titeln mit identischem Streitgegenstand zu gewähren.

Der Fall, dass zwischen denselben Parteien bereits ein Titel über den Streitgegenstand des Europäischen Zahlungsbefehls besteht, dieser Titel im Vollstreckungsmitgliedstaat anerkannt wird, nicht aber im Ursprungsmitgliedstaat, kann im Anwendungsbereich der EuGVVO regelmäßig nicht auftreten. Denkbar ist hingegen der Fall, dass der Vollstreckungsmitgliedstaat aufgrund von Staatsverträgen Titel aus Drittstaaten anerkennt, der Ursprungsmitgliedstaat aber nicht ebenfalls an diesen Staatsvertrag gebunden ist und deshalb beim Erlass des Europäischen Zahlungsbefehls den bestehenden Titel über denselben Streitgegenstand nicht anerkannt und berücksichtigt hat. Für diesen Fall kann der Antragsgegner die Verweigerung der Vollstreckung aus dem Europäischen Zahlungsbefehl im Vollstreckungsmitgliedstaat nach Art. 22 I EuMVVO wegen entgegenstehender Rechtskraft des vorher ergangenen Titels beantragen[49].

Zum Teil wird in der Literatur davon ausgegangen, Art. 22 I EuMVVO sei nur anwendbar, wenn der Antragsgegner erst nach Ablauf der Einspruchsfrist des

47 *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 338 unter Verweis auf *EuGH*, Rs. C-414/92 (Solo Kleinmotoren ./. Boch), Rdnr. 17.

48 Rauscher/*Gruber,* EuZPR (2010), EG-MahnVO; Art. 22 Rdnr 9.

49 *Freitag*, IPrax 2007, 509 (512).

Art. 16 EuMVVO Kenntnis von der anderweitigen Entscheidung erlangt hat, beispielsweise weil sie ihm erst später als der Europäische Zahlungsbefehl zugestellt wurde[50]. Dann konnte er jedenfalls die Unvereinbarkeit im gerichtlichen Verfahren des Ursprungsmitgliedstaates nicht geltend machen, Art. 22 I lit. c) EuMVVO. Mit „gerichtliches Verfahren" im Sinne des Art. 22 I lit c) EuMVVO ist das Verfahren nach Einspruch über den Europäischen Zahlungsbefehl nach Art. 16, 17 EuMVVO gemeint[51]. Dieser Auffassung zufolge müsste der Antragsgegner, wenn er bereits bei Zustellung des Europäischen Zahlungsbefehls Kenntnis von der anderweitigen Entscheidung hat, zunächst Einspruch gemäß Art. 16 EuMVVO einlegen. Dieser Einspruch wird jedoch erfolglos bleiben, wenn der Titel im Ursprungsmitgliedstaat, in dem das Einspruchsverfahren durchgeführt wird, nicht anerkannt wird, da in diesem Fall der Einwand der entgegenstehenden Rechtskraft gerade nicht gegeben ist. Der Antragsgegner unterliegt dann im streitigen Verfahren über den Einspruch und trägt die Kosten. In der Folge ist er dann auf das Verfahren im Vollstreckungsmitgliedstaat nach Art. 22 I EuMVVO angewiesen. Diese Systematik beinhaltet eine nicht unerhebliche Benachteiligung des Antragsgegners. Zum Einen muss er die schwierige Rechtsfrage beantworten, ob der Titel im Ursprungsmitgliedstaat anerkannt wird. Hiervon hängt der Erfolg des Einspruchs nach Art. 16 EuMVVO ab. Verliert er das gerichtliche Verfahren nach dem Einspruch, weil der Titel nicht im Ursprungsmitgliedstaat anerkannt wird, sind erst die Voraussetzungen für das Verfahren nach Art. 22 I EuMVVO geschaffen, wobei das Gericht, das über diesen Antrag entscheidet, nicht an die Entscheidung des Ursprungsmitgliedstaates gebunden ist. Vielmehr muss dieses wiederum darüber entscheiden, ob ein Titel aus einem Drittstaat im Ursprungsmitgliedstaat nicht anerkannt wird[52]. Um eine unnötige Belastung von Gerichten des Ursprungstaates und des Antragsgegners zu vermeiden, ist ein Verständnis des Art. 22 I lit. c) EuMVVO angebracht, wonach der Antragsgegner die „Unvereinbarkeit im gerichtlichen Verfahren des Ursprungsmitgliedstaates nicht hätte geltend machen können", so dass den Antragsgegner keine Obliegenheit trifft, einen von vornherein aussichtslosen Einspruch einzulegen.

Bestehen zwei Titel über denselben Streitgegenstand, so muss immer auch die Möglichkeit des Rechtsbehelfs nach Art. 20 II EuMVVO geprüft werden, wonach der Europäische Zahlungsbefehl für nichtig erklärt werden kann, wenn er aufgrund außergewöhnlicher Umstände offensichtlich zu Unrecht erlassen wurde. Ist der Antragssteller bereits Inhaber eines Titels, sei es eines abweisenden oder zu-

---

50 *Röthel/Sparmann*, WM 2007, 1101 (1105).

51 *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren (2008), S. 340.

52 Ähnlich *Freitag*, IPrax 2007, 509 (512).

sprechenden so liegt die missbräuchliche Verwendung des Europäischen Mahnverfahrens zulasten des Antragsgegners nahe[53].

bb) Entrichtung des zuerkannten Betrags, Art. 22 II EuMVVO

Aufgrund von Art. 22 II EuMVVO wird die Vollstreckung ebenfalls verweigert, sofern und insoweit der Antragsgegner den Betrag, der dem Antragsteller in einem Europäischen Zahlungsbefehl zuerkannt worden ist, an diesen entrichtet hat. Lässt sich die Zahlung mit Urkunden nachweisen, so kann der Antragsgegner in Deutschland als Vollstreckungsmitgliedstaat bereits aufgrund von § 775 Nr. 4 und Nr. 5 ZPO die Einstellung der Zwangsvollstreckung erreichen, denn das Vollstreckungsverfahren richtet sich nach dem autonomen deutschen Recht, Art. 21 I EuMVVO. Für die übrigen Fälle ist Art. 22 II EuMVVO anwendbar.

α) Sachlicher Anwendungsbereich

Dem Wortlaut zufolge beschränkt sich Art. 22 II EuMVVO ausdrücklich darauf, dass der Antragsgegner den titulierten Betrag „entrichtet" hat. Der Begriff „entrichten" kann dabei unter Rückgriff auf die englische Sprachfassung („has paid") im Deutschen als Zahlung verstanden werden[54]. Erfüllungssurrogate wie z. B. die Aufrechnung sind nach einer Auffassung in der Literatur nicht erfasst[55]. Zum Teil wird vorgeschlagen, den Begriff des Entrichtens in Art. 22 II EuMVVO verordnungsautonom in dem Sinne auszulegen, als dass dieser die Erfüllung abschließend regelt[56]. Dem ist zu folgen. Die EuMVVO kennt auch den Begriff der Zahlung, wie aus einem Vergleich mit Art. 12 III EuMVVO folgt. Deshalb ist davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber in Art. 22 II EuMVVO bewusst den (weiteren) Begriff des „Entrichtens" verwendet hat, unter den auch alle Erfüllungssurrogate zu fassen sind.

Der deutsche Gesetzgeber lässt in Deutschland als Vollstreckungsmitgliedstaat für Erfüllungssurrogate die Vollstreckungsgegenklage über §§ 1096 II S. 2, 767 ZPO

---

53 Rauscher/*Gruber,* EUZPR (2010), EG-MahnVO; Art. 22 Rdnr. 17.

54 *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 342 unter Verweis auf Rauscher/*Rauscher*, EuZPR (2006), Einl. EG-MahnVO, Rdnr. 40 (Fn. 31).

55 Vgl. *Vollkommer/Huber*, NJW 2009, 1105 (1107); Thomas/Putzo/*Hüßtege*, ZPO, 31. Aufl. (2010), EuMVVO, Art. 22 Rdnr. 5.

56 *Pernfuß*, Europäisches Mahnverfahren, 2008, S. 343.

mit der Einschränkung zu, dass Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, gem. § 1095 II ZPO nur zulässig sind, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach Zustellung des Europäischen Zahlungsbefehls entstanden sind und durch den Einspruch nach Art. 16 EuMVVO nicht mehr geltend gemacht werden können. Damit werden über die nationale Vollstreckungsgegenklage zwar alle Erfüllungssurrogate erfasst, allerdings nur, soweit diese nach Ablauf der Einspruchsfrist entstanden sind. Hieran ist problematisch, dass nach der Rechtsprechung des BGH die Aufrechnung als nach der Zahlung wichtigstes Erfüllungssurrogat im Wege der Vollstreckungsgegenklage gegen internationale Titel nur geltend gemacht werden kann, wenn deutsche Gerichte auch für die Geltendmachung der zur Aufrechnung gestellten Forderung zuständig wären[57]. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass die Entscheidung über die Gegenforderung analog § 322 II ZPO in Rechtskraft erwachse[58]. Ist kein deutsches Gericht in Deutschland als Vollstreckungsmitgliedstaat für die Geltendmachung der Gegenforderung zuständig, ist der Schuldner schutzlos, wenn er die Aufrechnung nicht bereits im Wege des Einspruchs im Ursprungsmitgliedstaat geltend gemacht hat. Im Wege der Vollstreckungsgegenklage kann er sie dann in Deutschland als Vollstreckungsmitgliedsstaat nicht mehr geltend machen. Wendet man hingegen Art. 22 II EuMVVO an, wäre dies möglich. Im Falle des Art. 22 II EuMVVO beschränkt sich die Entscheidung des Gerichts auf den Ausspruch, dass die Vollstreckung aus dem Europäischen Zahlungsbefehl in Deutschland verweigert wird. Einen Ausspruch über die Aufrechnung dürfte mangels materieller Überprüfung wegen Art. 22 III EuMVVO ausgeschlossen sein, weshalb es im Rahmen des Art. 22 II EuMVVO auch nicht auf die internationale Zuständigkeit des entscheidenden Gerichts für die Geltendmachung der Gegenforderung ankommen dürfte.

β) Zeitlicher Anwendungsbereich

Aus der oben beschriebenen Systematik der Rechtsbehelfe der EuMVVO ergibt sich, dass im Vollstreckungsstaat nur Einwendungen geltend gemacht werden können, die nach Ablauf der Einspruchsfrist des Art. 16 I EuMVVO entstanden sind. Überträgt man diesen Gedanken auf Art. 22 II EuMVVO, würde dies bedeuten, dass Art. 22 II EuMVVO nur die Zahlung nach Ablauf der Einspruchsfrist erfasst. Belässt man es bei diesem Verständnis, so steht dem Antragsgegner

---

57 *BGHZ* 60, 85 (88); *Nelle*, Anspruch, Titel und Vollstreckung im int. Rechtsverkehr, 2000, S. 356 f.; *Halfmeier*, IPrax 2007, 381 (384).

58 *BGHZ* 48, 356; 89, 352.

bei Zahlung vor Ablauf der Einspruchsfrist kein Rechtsbehelf mehr zu, wenn er die Einspruchsfrist des Art. 16 II EuMVVO verstreichen lässt. Wie dargelegt, wird der Antragsgegner regelmäßig keinen Einspruch einlegen, wenn er den Europäischen Zahlungsbefehl für begründet hält. Dies ergibt sich auch aus den Hinweisen für den Antragsgegner, Art. 12 III EuMVVO. Deshalb ist Art. 22 II EuMVVO auch anwendbar, wenn der Antragsgegner vor Ablauf der Einspruchsfrist gezahlt hat und die Einspruchsfrist fruchtlos hat verstreichen lassen. Der Wortlaut des Art. 22 II EuMVVO beschränkt sich nicht auf den Zeitraum nach Ablauf der Einspruchsfrist. Die Wendung „zuerkannt worden ist" in Art. 22 II EuMVVO lässt darauf schließen, dass der Europäische Zahlungsbefehl lediglich bereits nach Art. 12 I EuMVVO erlassen worden sein muss, nicht aber, dass er bereits vom zuständigen Gericht gemäß Art. 18 EuMVVO für vollstreckbar erklärt sein muss, was wiederum voraussetzen würde, dass die Einspruchsfrist des Art. 16 II EuMVVO abgelaufen ist. So verweist auch die deutsche Durchführungsvorschrift des § 1096 II S. 1 ZPO lediglich auf die Zuständigkeitsregelung des § 1086 I ZPO, nicht aber auf dessen Absatz 2, der eine Präklusion entsprechend § 767 II ZPO anordnet[59]. Die hier vorgeschlagene Auslegung des Art. 22 II EuMVVO bedeutet keine vollständige Durchbrechung des Prinzips der EuMVVO, wonach mit Rechtsbehelfen im Vollstreckungsmitgliedstaat nur Einwendungen geltend gemacht werden können, die nach Ablauf der Einspruchsfrist entstanden sind, da Art. 22 II EuMVVO keine generelle Prüfung der Vollstreckbarkeit verlangt, die zu einem gemeinschaftsweiten Wegfall der Vollstreckbarkeit führte. Die Wirkungen der Entscheidung nach Art. 22 Abs. 2 EuMVVO sind auf den Vollstreckungsmitgliedstaat beschränkt[60]. Die Gerichte der anderen Mitgliedstaaten sind an diese Entscheidung nicht gebunden[61].

d) Statthaftigkeit einer Vollstreckungsgegenklage im Vollstreckungsstaat

Mit §§ 1096 II in Verbindung mit 1086 I, 1095 II, 767 ZPO ermöglicht es der deutsche Gesetzgeber, auch eine Vollstreckungsgegenklage gegen den Europäischen Zahlungsbefehl in Deutschland zu erheben, wenn Deutschland Vollstreckungsmitgliedstaat im Sinne des Art. 5 Nr. 2 EuMVVO ist. Diese Regelung stößt auf grundlegende systematische Bedenken im Hinblick auf Art. 22 III EuMVVO. Danach darf ein Europäischer Zahlungsbefehl im Vollstreckungsmitgliedstaat in

---

59 *Preuß*, ZZP 2009, 3 (26); *Freitag*, IPrax 2007, 512 (513).
60 *Preuß*, ZZP 2009, 3 (27).
61 *Freitag*, IPrax 2007, 509 (513).

der Sache selbst nicht nachgeprüft werden. Dem Verständnis der überwiegenden Auffassung zur Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage zufolge steht Art. 22 III EuMVVO der Zulassung einer solchen im Vollstreckungsmitgliedstaat nicht entgegen. Diese Auffassung geht davon aus, dass es sich bei der Vollstreckungsgegenklage um eine prozessuale Gestaltungsklage handelt, die dem Titel lediglich die Vollstreckbarkeit nehmen soll[62]. Vielmehr wird man davon ausgehen müssen, dass die Vollstreckungsgegenklage auf eine inhaltliche Überprüfung des Titels gerichtet ist, denn alle Verfahren, in denen der Schuldner den Titel mit der Behauptung angreift, er fixiere den Anspruch nicht mehr richtig, sind letztlich eine Fortsetzung des Streits über den Anspruch.[63] Auch die überwiegende Auffassung hält die Vorstellung von der Vollstreckungsgegenklage als rein prozessuale Gestaltungsklage nicht durch. Im Falle der Aufrechnung geht sie nämlich davon aus, dass die Entscheidung, ob die Aufrechnungsforderung besteht, analog § 322 II ZPO in Rechtskraft erwächst[64].

Die Zulassung einer Vollstreckungsgegenklage im Vollstreckungsmitgliedstaat verstößt gegen Art. 22 III EuMVVO. Auch der Einwand, aufgrund der Präklusionsvorschrift der §§ 1096 II in Verbindung mit 1086 I, 1095 II ZPO beschränke sich die sachliche Prüfung des Gerichts im Vollstreckungsmitgliedstaat auf Einwendungen, die der Richter im Ursprungsmitgliedstaat gar nicht habe überprüfen können, weil diese erst nach der Einspruchsfrist des Art. 16 II EuMVVO entstanden sind[65], vermag den Verstoß gegen Art. 22 III EuMVVO nicht auszuräumen, weil gerade der Zeitpunkt der Entstehung einer Einwendung oft problematisch oder umstritten ist[66]. Man vergleiche nur die Problematik im deutschen Recht zur Ausübung von Gestaltungsrechten[67]. Selbst wenn man der überwiegenden Ansicht zur Rechtsnatur der Vollstreckungsgegenklage folgt, wäre keine Kompetenzgrundlage für diese gegeben. Die internationale Zuständigkeit für den Rechtsbehelf nach § 1096 II ZPO wird nämlich regelmäßig auf Art. 22 Nr. 5 EuGVVO gestützt.[68] Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Zweck des Art. 22 Nr. 5

62 *BGH,* NJW 1992, 2160 (2162); NJW 2000, 1936 (1938);Zöller/*Herget*, ZPO, 28. Aufl. (2010), § 767 Rdnr. 1; vgl. auch *Halfmeier*, IPrax 2007, 381; a.A. *Preuß*, ZZP 2009, 3 (31).

63 *Nelle*, Anspruch, Titel und Vollstreckung im int. Rechtsverkehr, 2000, S. 224 f.; *Hess/Bittmann*, IPrax 2008, 305 (311).

64 *BGHZ,* 48, 356 (358 f.); BGH NJW 1994, 2769 (2770).

65 Rauscher/*Pabst,* EuZPR (2010), EuVTVO, Art. 20 Rdnr. 6; Zöller/*Geimer*, ZPO, 28. Aufl. (2010), § 1086 Rdnr. 1.

66 Prütting/Gehrlein/*Halfmeier*, ZPO, 2010, § 1086 Rdnr. 3.

67 *BGHZ,* 24, 97; Prütting/Gehrlein/*Scheuch*, ZPO, 2010, § 767 Rdnr. 45.

68 So die Gesetzesbegründung zu § 1086 ZPO (für die EuVTVO) BT-Drs. 15/5222, S. 15; Rauscher/*Mankowski,* EuZPR, 2. Aufl. (2006), EuGVVO, Art. 22 Rdnr. 55*; OLG Hamburg*, IPrax 1999, 168 (169).

EuGVVO, die Tätigkeit der Vollstreckungsbehörden zu überwachen[69]. Im deutschen Zivilprozessrecht ist dafür die Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO gegeben. Eine Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO kann auf Art. 22 Nr. 5 EuGVVO folglich nicht gestützt werden. Damit zeigt sich auch an Art. 22 Nr. 5 EuGVVO die Systematik des Europäischen Zivilprozessrechts, dass grundsätzlich materielle Einwendungen nur im Ursprungsmitgliedstaat gegen den Titel geltend gemacht werden können. Hinzu kommt, dass die einzelnen Rechtsbehelfe in den Vollstreckungsstaaten nicht hinreichend harmonisiert sind. Dem Schuldner stünden je nach Mitgliedstaat unterschiedliche Möglichkeiten offen, den Europäischen Zahlungsbefehl anzugreifen, was die Effektivität des Verfahrens über den Erlass des Europäischen Zahlungsbefehls nachhaltig beeinträchtigen dürfte[70].

Art. 22 II EuMVVO ist somit im Ergebnis als abschließende Regelung im Hinblick auf die Möglichkeit der Geltendmachung von materiellen Einwendungen im Vollstreckungsstaat anzusehen[71]. Einer solchen Regelung hätte es nicht bedurft, wenn ohnehin alle nationalen Rechtsbehelfe Anwendung fänden[72]. Die Zulassung einer Vollstreckungsabwehrklage über §§ 1096 II in Vielem mehr 1086 II, 1095 II ZPO durch den deutschen Gesetzgeber verstößt gegen Art. 22 III EuMVVO.

e) Zusammenfassung

Sämtliche materiellen Einwendungen gegen den Europäischen Zahlungsbefehl kann der Antragsgegner im Wege des Einspruchs gemäß Art. 16 I EuMVVO vor den Gerichten des Ursprungsmitgliedstaates geltend machen. Dies betrifft auch die Zahlung vor Ablauf der Einspruchsfrist des Art. 16 II EuMVVO. Ist die Einspruchsfrist des Art. 16 II EuMVVO abgelaufen, kann er im Ursprungsmitgliedstaat im Wege der Vollstreckungsgegenklage gemäß §§ 767, 1095 II ZPO sämtliche materielle Einwendungen geltend machen, die nach Ablauf der Einspruchsfrist entstanden sind und die nicht im Wege des Einspruchs geltend gemacht werden konnten. Dies umfasst ebenfalls die Zahlung wie auch die Aufrechnung. Durchbrochen wird die beschriebene Zuordnung materieller Einwendungen zu den genannten Rechtsbehelfen, die sich nach der Einspruchsfrist richtet, von

---

69 *EuGH,* Slg. 1992, 2149 (2182) (Reichert ./. Dresdner Bank); vgl. auch *Halfmeier*, IPrax 2007, 381 (385).

70 *Hess/Bittmann*, IPrax 2008, 305 (311).

71 Zurückhaltend, aber ablehnend Rauscher/*Gruber,* EuZPR (2010), EG-MahnVO, Art. 22 Rdnr. 43; wie hier *Hess*, EuZPR (2010) § 10 Rdnr. 79; *Freitag*, IPrax 2007, 509 (514).

72 *Hess/Bittmann*, IPrax 2008, 305 (311).

Art. 20 II EuMVVO. Hat der Antragsteller bei Stellung des Antrags arglistig gehandelt, ist der Rechtsbehelf des Art. 20 II EuMVVO unabhängig davon, ob die Einspruchsfrist abgelaufen ist, statthaft. Bestimmte formelle Einwendungen können im Ursprungsmitgliedstaat gegen den Europäischen Zahlungsbefehl nach Ablauf der Einspruchsfrist unter den Voraussetzungen des Art. 20 I EuMVVO geltend gemacht werden.

Im Vollstreckungsmitgliedstaat kann der Antragsgegner sämtliche Erfüllungssurrogate im Wege des Antrags nach Art. 22 II EuMVVO geltend machen, und zwar unabhängig davon, ob Erfüllung vor oder nach Ablauf der Einspruchsfrist eingetreten ist. Dies wird besonders dann relevant, wenn der Antragsgegner innerhalb der Einspruchsfrist gezahlt hat, ohne Einspruch einzulegen. Erfasst von Art. 22 II EuMVVO sind aber auch Erfüllungssurrogate wie die Aufrechnung.

Rechtsbehelfe, mit denen der Antragsgegner formelle Einwendungen erhebt, die das Vollstreckungsverfahren betreffen, können immer im Vollstreckungsmitgliedstaat geltend gemacht werden, denn das Verfahren richtet sich nach der *lex fori* des Vollstreckungsmitgliedstaates, Art. 21 I EuMVVO.

V. Fazit

Die EuMVVO etabliert eines der ersten genuin Europäischen Zivilverfahren. Dabei ist der Anwendungsbereich des Verfahrens aufgrund des uneingeschränkten Verweises bezüglich der internationalen Zuständigkeit auf die EuGVVO, der auch die autonomen Gerichtsstände der einzelnen Mitgliedstaaten umfasst, nicht auf Sachverhalte beschränkt, die einen Binnenmarktbezug aufweisen. Vielmehr kann das Europäische Mahnverfahren auch gegen Drittstaatler durchgeführt werden. Ob dies vom Verordnungsgeber gewünscht war, mag bezweifelt werden. Jedenfalls ist damit eine Belastung der Gerichte der Mitgliedstaaten gegeben, ohne dass diese durch einen hinreichenden Binnenmarktbezug der Streitigkeit gerechtfertigt ist.

Die besondere Belastung des Antragsgegners durch die einstufige Ausgestaltung des Verfahrens wird nicht hinreichend durch effektive Rechtsschutzmöglichkeiten des Antragsgegners kompensiert. Es fehlt zunächst an einer richterlichen, inhaltlichen Überprüfung des Antrags auf Erlass eines Europäischen Zahlungsbefehls im Hinblick auf die Begründetheit der Forderung. Der Prüfungsmaßstab des Art. 8 EuMVVO beschränkt sich darauf, zu kontrollieren, dass die Angaben im Antrag

nicht in sich widersprüchlich sind. Die Prüfung ist darauf reduziert, dass das Antragsformular technisch korrekt ausgefüllt wurde. Eine weitergehende inhaltliche Prüfung aufgrund der Angaben des Antragstellers ist auch nicht möglich, da der Antragsteller keine Angaben zum anwendbaren Recht und zum Sachverhalt machen muss. Hinzu kommt, dass sich das Gericht hinsichtlich der Pflichtangaben des Antragstellers weitgehend auf die Richtigkeit der im Antrag gemachten Angaben verlassen muss, von denen für den Antragsgegner schwerwiegend belastende Rechtsfolgen abhängen können, wie die internationale Zuständigkeit des Mahngerichts. Hinreichende Sanktionen für fehlerhafte Angaben des Antragstellers sind weder in der Verordnung noch in den deutschen Durchführungsvorschriften der §§ 1079-1096 ZPO vorgesehen.

Weiter kann der Antragsgegner nicht effektiv von den Rechtsbehelfen Gebrauch machen, die ihm von der EuMVVO an die Hand gegeben werden. Für den wohl praktisch häufigsten Fall, dass der Antragsgegner vor Ablauf der Einspruchsfrist des Art. 16 II EuMVVO zahlt, wird er aufgrund der Belehrung des Art. 12 III EuMVVO davon absehen, Einspruch gegen den Europäischen Zahlungsbefehl einzulegen. In der Folge ist der Antragsgegner darauf verwiesen, in jedem einzelnen Mitgliedstaat, in dem ihm die Vollstreckung aus dem Europäischen Zahlungsbefehl droht, im Wege des Antrags nach Art. 22 II EuMVVO vorzugehen. Durch Einlegung des Einspruchs hätte er mit nur einem einzigen Rechtsbehelf im Ursprungsmitgliedstaat erreichen können, dass der Europäische Zahlungsbefehl gar nicht erst für vollstreckbar erklärt worden wäre, Art. 17 EuMVVO. Auch die Vollstreckungsgegenklage im Ursprungsmitgliedstaat ist in diesem Fall wegen Präklusion gesperrt, denn der Antragsgegner hätte die Zahlung im Wege des Einspruchs gemäß Art. 16 I EuMVVO geltend machen können, §§ 767, 1095 II ZPO.

Die Zulassung einer Vollstreckungsgegenklage in Deutschland als Vollstreckungsmitgliedstaat nach den §§ 767, 1096 II S. 2 ZPO verstößt gegen Art. 22 III EuMVVO, wonach eine Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehls in der Sache selbst nicht erfolgen darf. Überdies fehlt es an einer Regelung, aus der die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für eine solche Klage abgeleitet werden kann. Art. 22 II EuMVVO ist deshalb als ein abschließender, aber dafür weit auszulegender Rechtsbehelf, mit dem Erfüllungssurrogate gegen den Europäischen Zahlungsbefehl im Vollstreckungsmitgliedstaat geltend gemacht werden können, anzusehen. Dies kann unabhängig davon erfolgen, ob Erfüllung vor oder nach Ablauf der Einspruchsfrist eingetreten ist. Andere materielle Einwendungen

können lediglich mit der Vollstreckungsgegenklage im Ursprungsmitgliedstaat geltend gemacht werden.

Literatur

Einhaus, David Qual der Wahl: Europäisches oder internationales deutsches Mahnverfahren, IPrax 2008, 323-330

Freitag, Robert Rechtsschutz des Schuldners gegen den Europäischen Zahlungsbefehl nach der EuMahnVO, IPrax 2007, 509-514

Freitag, Robert / Leible, Stefan Erleichterung der grenzüberschreitenden Forderungsbeitreibung in Europa: Das Europäische Mahnverfahren, BB 2008, 2750-2755

Halfmeier, Axel Die Vollstreckungsgegenklage im Recht der internationalen Zuständigkeit, IPrax 2007, 381-388

Hess, Burkhard (Hrsg.) EuZPR, Heidelberg 2010

Hess, Burkhard / Bittmann, David Die Verordnungen zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens und eines Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen - ein substantieller Integrationsschritt im Europäischen Zivilprozessrecht, IPrax 2008, 305-314

Kloiber, Barbara Das Europäische Mahnverfahren, ZfRV 2009, 68-79

Kormann, Johannes Maximilian Das neue Europäische Mahnverfahren im Vergleich zu den Mahnverfahren in Deutschland und Österreich, Jena 2007

Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.) ZPO, 7. Auflage, München 2010

Nelle, Andreas Anspruch, Titel und Vollstreckung im int. Rechtsverkehr, Tübingen 2000

Pernfuß, Andreas Die Effizienz des Europäischen Mahnverfahrens, Baden-Baden 2009

Preuß, Nicola Erlass und Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehls, ZZP 122, 3-36

Prütting, Hanns / Gehrlein, Markus (Hrsg.) ZPO, 1. Auflage, Köln 2010

Rauscher, Thomas (Hrsg.) Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht , München 2010

Röthel, Anne / Sparmann, Ingo Das europäische Mahnverfahren, WM 2007, 1101-1109

Schack, Haimo Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Auflage, München 2010

Schlosser, Peter EU-Zivilprozessrecht, EuMahnVO, 3. Auflage, München 2009

Sujecki, Bartosz Das Europäische Mahnverfahren, NJW 2007, 1622-1625

Thomas, Heinz / Putzo, Hans (Hrsg.) ZPO, 31. Auflage, München 2010

Vollkommer, Gregor / Huber, Stefan Neues Europäisches Zivilverfahrensrecht in Deutschland; Das Gesetz zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung und Zustellung, NJW 2009, 1105-1109

Weber, Martin Die Verordnung zur Einführung des Europäischen Mahnverfahrens, ZAK 2006, 250

Zöller, Richard ZPO, 28. Auflage, Köln 2010

István Lázlo Légrádi

Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften im Lichte des Cartesio – Urteils

I. Einleitung

Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften darf ohne Zweifel immer noch als aktuelles Thema sowohl des Europarechts als auch des nationalen Rechts betrachtet werden. Obwohl es nicht lange her ist, dass man den 50. Jahrestag der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft feierte, befindet sich die Auslegung und die Anwendung des im Jahre 1957 festgelegten Regelwerks, das den Gesellschaften die freie Niederlassung unabhängig von den Staatsgrenzen innerhalb der EWG bzw. der EU ermöglichte, im Mittelpunkt heftiger Debatten[1]. Dies gilt insbesondere hinsichtlich seiner Auswirkungen auf das Recht der Mitgliedstaaten.

Das durch die 1988 ergangene Entscheidung in der Rechtssache *Daily Mail* angesprochene Problemfeld wurde vom *Cartesio*-Urteil 2008 noch erweitert. Aus der ungarischen Perspektive und mit Blick auf die ungarischen Rechtsquellen kann dieses Thema um weitere Facetten bereichert werden.

II. Erscheinungsformen der grenzüberschreitenden Tätigkeit einer Gesellschaft

Der europäische Binnenmarkt ist nicht nur natürlichen Personen von großem Nutzen. Der Abbau der Hindernisse bedeutete, dass Waren und Dienstleistungen, die aus einem anderen Mitgliedstaat kamen, nicht mehr an der Staatsgrenze kontrolliert wurden. So ergab sich auch für Gesellschaften die Gelegenheit, ihre heimische Tätigkeit ins Ausland auszudehnen oder sie gar in ihrem ganzen Umfang im Ausland auszuüben. In der Praxis wird die grenzüberschreitende Tätigkeit durch verschiedene rechtliche Formen gekennzeichnet. Zunächst werden die heute bestehenden Varianten kurz beschrieben, obwohl sich mein Beitrag auf Punkt 3 und in mancher Hinsicht auf Punkt 2 konzentriert.

---

[1] S. *Bayer/Schmidt*, ZHR 2009, 735 (770), angesichts der zahlreichen Regelungslücken, Widersprüchen und nicht abschließend geklärten Auslegungs- und Anwendungsfragen kann sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene von einem wirklich konsistenten und in sich stimmigen System bislang keine Rede sein.

1. Tochtergesellschaft

Die klassische Form, einer heimischen Gesellschaft im Ausland Fuß zu fassen, ist die Gründung einer anderen Gesellschaft nach ausländischem Recht mit Sitz im Ausland. Die Existenz der Tochtergesellschaft wird auf diese Weise vom Aufnahmestaat nie in Frage gestellt, ihr wird völlige Rechtsfähigkeit gewährt, da sie vollständig nach seinen nationalen Vorschriften verwaltet wird. Die Kontrolle wird der gründenden Gesellschaft durch das Eigentümer-Eigentum-Verhältnis, das heißt, den Geschäftsanteil gewährleistet. In dieser Konstruktion wird die angebotene Tätigkeit praktisch durch die Tochtergesellschaft ausgeübt.

2. Zweigniederlassung

Im Fall einer Zweigniederlassung handelt es sich um eine wirtschaftliche Niederlassung der Gesellschaft. Im Gegensatz zur Gründung einer Tochtergesellschaft ist hier selbst die ursprüngliche Gesellschaft und nicht eine in ihrem Besitz stehende Gesellschaft präsent. Die Tätigkeit wird durch die Niederlassung, aber im Namen der Gesellschaft ausgeübt. Im Hintergrund ist dabei jedoch die ausländische Gesellschaft (besonders ihre Haftung) immer zu finden.

Als Beispiel kann die die Zweigniederlassungen betreffende ungarische Regelung dienen. Laut des Gesetzes Nr. CXXXII von 1997 über die Zweigniederlassungen und Handelsrepräsentanzen von Unternehmen mit ausländischem Sitz in Ungarn (ZweigNLG) ist die Zweigniederlassung eine im Handelsregister eingetragene Organisationseinheit der Gesellschaft, über die die ausländische Gesellschaft selbst die Tätigkeit ausübt[2]. Sie verfügt auch über keine Rechtspersönlichkeit, ihre Rechtsfähigkeit greift auf die Existenz der ausländischen Gesellschaft zurück[3].

---

2 „Ein ausländisches Unternehmen ist über seine in Ungarn eingetragene(n) Zweigniederlassung(en) (im Weiteren: Zweigniederlassung) im Inland nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zur Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit berechtigt. Dabei geht die Zweigniederlassung im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit - wenn ein Gesetz es nicht anders verfügt - in den gegenüber Behörden und Dritten bestehenden Rechtsverhältnissen sowie in den mit anderen Zweigniederlassungen des ausländischen Unternehmens bestehenden Beziehungen vor." (Art. 3 I ZweigNLG) – Alle Übersetzungen ungarischer Gesetzestexte sind die offiziellen Übersetzungen in ihrer originellen Fassung. Die offizielle Übersetzung stellt das Ministerium der Justiz her.

3 „Zweigniederlassung: Die über keine Rechtspersönlichkeit verfügende und mit einer wirtschaftlichen Eigenständigkeit ausgestattete Organisationseinheit des ausländischen Unternehmens, die als eigenständige Unternehmensform in der inländischen Firmenregistra-

3. Grenzüberschreitende Sitzverlegung

a) Grenzüberschreitende Sitzverlegung im klassischen Sinne

Eine „Gesellschaft" als juristisches Gebilde kann genau genommen gar nicht „verlegt" werden: Verlegt werden kann nur der Verwaltungs- und/oder der Satzungssitz[4]. Den Sitz einer Gesellschaft zu verändern, ist ohnehin seit Langem möglich. Wenn die Gesellschafter beschließen, die Gesellschaft im Heimatstaat aufzulösen und nach einer Liquidation alle ihre Güter ins Ausland zu verlegen, um dort auf dieser Grundlage eine neue Gesellschaft, natürlich nach dem Recht des Zielstaates, zu etablieren, stoßen sie auf keine Hindernisse. Nachteilig ist die Unterbrechung der kontinuierlichen Existenz der Gesellschaft und der nicht immer günstige Wechsel in das neue Recht, nach dem die Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit erlangt und nach dem sie im Weiteren verwaltet wird. Das Hauptproblem liegt also darin, dass die Gesellschaften das auf sie anwendbare Recht *ab ovo* nicht verändern wollen, aber von ihrem Herkunftsstaat dazu gezwungen werden[5]. Der Bedarf an Möglichkeiten, den Sitz zu verlegen, ohne sich dem Recht des Herkunftsstaates zu entziehen, hat zugenommen.

Infolge des dispositiven Gesellschaftrechts in einigen Mitgliedstaaten (in erster Linie im Vereinigten Königreich) wurde es den Gesellschaften, die in diesen Ländern gegründet wurden, ermöglicht, ohne Weiteres den Hauptteil ihrer Tätigkeit, den Sitz der Verwaltung ins Ausland zu verlegen, ohne das Personalstatut der Gesellschaft zu ändern. Dadurch wurde der formelle Sitz (der Ort, an dem die Gesellschaft inkorporiert wurde) von dem substanziellen Sitz (Sitz der Verwaltung, der Tätigkeit etc.) getrennt. Man könnte sagen, eine Gesellschaft zweierlei Staaten entstand.

b) Die sogenannten Briefkastenfirmen

Bei Briefkastenfirmen geht es auch um die Verlegung des Sitzes ins Ausland, mit der Beibehaltung der Rechtsform aus dem Herkunftsstaat. Die Ursache dafür, dass sie eine Untergruppe bilden, steckt in der Absicht der Gründer, die ganze Existenz der Gesellschaft im Ausland aufzubauen, wobei das Personalstatut wei-

tur als Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens eingetragen wurde." (Art. 2 lit. b) ZweigNLG).

4 *Bayer/Schmidt*, ZHR 2009, 735 (755).

5 *Petronella*, EBLR 2010, 245 (261).

terhin dem Recht des Inkorporationsstaates unterliegt. Den einzigen Anknüpfungspunkt an den Herkunftsstaat bildet der Briefkasten[6], an den offizielle oder private Schriftstücke zugestellt werden können.

4. Die freie grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen

Als neueste Errungenschaft betrachtet man den Abbau der Hindernisse der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen durch die Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt. Durch diese Richtlinie wird der freie Zugang von Dienstleistern aus anderen EU-Mitgliedstaaten zum nationalen Dienstleistungsmarkt gewährt, ohne dass man zu diesem Zweck eine Niederlassung im jeweiligen Staat benötigt. Das heißt auf der höchsten Stufe der Entwicklung steht, dass weder die Gründung einer Tochtergesellschaft nach dem Recht des Zielstaates noch die Niederlassung im Zielstaat (in der Form von Zweigniederlassung oder durch Verlegung des Sitzes) erforderlich ist, um die Tätigkeit grenzüberschreitend zu entfalten.

III. Das Recht der grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Gesellschaften

1. Die Vorschriften des EGV beziehungsweise des AEUV

Der EGV[7] legt den Mitgliedstaaten das Verbot über Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit auf. Diese Bestimmung soll auch die verschiedenen Formen wirtschaftlicher Tätigkeiten umfassen.

„Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates sind nach Maßgabe

---

6 Die Bezeichnung greift auf die funktionelle Auffassung der *registered seat* des englischen Rechts zurück. (S. Punkt IV.2.) Den Begriff verwendete auch Generalanwalt *Maduro*. S. Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* im *Cartesio*-Urteil (Urteil des *EuGH* v. 22. 05. 2008 – C-210/06, CARTESIO Oktatási és Szolgáltató bt, Slg. 2008, I-09641) Rdnr. 29.

7 Im Nachstehenden benutze ich die Verweise auf die Artikel des 1957 abgeschlossenen Gründungsvertrags in Rom (des ursprünglichen EGV – nach der Umbenennung: Des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]) gemäß der Änderungen, die der Lissaboner Vertrag vornahm. Laut der Durchnummerierung heißen Art. 43 EGV und Art. 48 EGV jetzt Art. 49 AEUV bzw. Art. 54 AEUV, während Art. 293 EGV durch Art. 2 Nr. 280 des Vertrags von Lissabon aufgehoben wurde.

der folgenden Bestimmungen verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaates, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates ansässig sind.

Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen."

Art. 49 AEUV (Ex-Artikel 43 EGV)

Der Anwendungsbereich des Niederlassungsrechts wird sowohl auf natürliche Personen als auch auf Gesellschaften erstreckt.

„Für die Anwendung dieses Kapitels stehen die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.

Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen."

Art. 54 AEUV (Ex-Artikel 48 EGV)

Die einschlägigen Regeln der Grundfreiheiten werden durch den zusätzlichen „Aufruf" der Mitgliedstaaten zum Vertragsschluss ergänzt.

„Soweit erforderlich, leiten die Mitgliedstaaten untereinander Verhandlungen ein, um zugunsten ihrer Staatsangehörigen Folgendes sicherzustellen:

…die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Staat in einen anderen und die Möglichkeit der Verschmelzung von Gesellschaften, die den Rechtsvorschriften verschiedener Mitgliedstaaten unterstehen…"

(Art. 293 EGV)

Laut Art. 54 AEUV muss eine Gesellschaft, um von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen zu können, nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden sein und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Gemeinschaft haben. Weder werden im Vertrag Kriterien hinsichtlich der Art und Weise der „Gründung" näher bestimmt noch ist es erforderlich, dass sich der Sitz in demselben Mitgliedstaat befindet, nach dessen Recht die Gesellschaft konstruiert worden ist.

Art. 293 EGV repräsentierte keinen Rechtssetzungsvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten. Diese wurden lediglich, „soweit erforderlich" zur Einleitung von Verhandlungen aufgefordert – der Wirkungsbereich der Regel beschränkte sich also auf die Fälle, bei denen die Bestimmungen des EGV nicht das Erreichen der Vertragsziele ermöglichten. Der Gebrauch von Niederlassungsfreiheit durfte nicht vom Abschluss solcher Übereinkünfte abhängen, sie konnten nur die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit durch Harmonisierung erleichtern[8].

2. Die Rechtsprechung des EuGH bis zum Cartesio-Urteil

a) Daily Mail

In der Rechtssache *Daily Mail*[9] handelte es sich um eine Gesellschaft englischen Rechts mit satzungsmäßigem Sitz im Vereinigten Königreich, die ihre Geschäftsleitung in den Niederlanden einrichten wollte, ohne ihre Rechtspersönlichkeit oder ihre Eigenschaft als Gesellschaft britischen Rechts zu verlieren (rechtsformbewahrende Sitzverlegung)[10]. Da die Einrichtung der Geschäftsleitung von Gesellschaften ausländischen Rechts dem niederländischen Recht nicht entgegenstand, beantragte die Gesellschaft die staatliche Zustimmung zu ihrem Vorhaben[11], die ihr schließlich nicht erteilt wurde.

Der *EuGH* betrachtete die Verlegung des Sitzes der Geschäftsleitung als Erscheinungsform der Niederlassung[12]. Der Grundsatz, dem in der letzten Zeit erneut große Bedeutung zukam, wurde schon damals formuliert: Die Gesellschaften

[8] *EuGH*, Urt. v. 5. 11. 2002 – C-208/00, Überseering, Slg. 2002, I-09919 = EuZW 2002, 754 Rdnrn. 54 f.

[9] *EuGH*, Urt. v. 27. 9. 1988 – C-81/87, Daily Mail an General Trust, Slg. 1988, I-05483 = NJW 1989, 2186.

[10] *EuGH*, NJW 1989, 2186 Rdnr. 3.

[11] Ebd. Rdnr. 6.

[12] Ebd. Rdnr 12.

würden aufgrund einer Rechtsordnung – beim damaligen Stand des Gemeinschaftsrechts aufgrund einer nationalen Rechtsordnung – gegründet. Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regele, hätten sie keine Existenz[13]. In dieser Bestimmung ist die weite Dispositionsmacht der Mitgliedstaaten über die Gesellschaften ihres Rechts verankert. Jedoch wurde schon 1988 bemängelt, dass die Rechte zur freien Niederlassung ihre ursprüngliche Bedeutung verlieren würde, wenn der Herkunftsstaat ihnen verbieten könnte auszuwandern, um sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen[14].

b) Centros

In der Rechtssache *Centros*[15] initiierte erneut eine englische Gesellschaft das der *EuGH*-Entscheidung zugrundeliegende Ausgangsverfahren. Der genannten englischen Gesellschaft wurde in Dänemark die Eintragung ihrer Zweigniederlassung im Handelsregister verweigert, da die Gesellschaft, deren Geschäftsanteile ausschließlich dänische Staatsbürger besaßen[16], und die ihre ganze Geschäftstätigkeit nicht in England, sondern in Dänemark ausübte[17], auf diese Weise die Umgehung der nationalen Vorschriften (insbesondere hinsichtlich des Mindestgesellschaftskapitals) beabsichtigen wollte[18].
Obwohl sich die dänische Regierung auf die missbräuchliche Ausnutzung[19] des Niederlassungsrechts berief, war nach dem Erachten des *EuGH* einer Gesellschaft das Recht zu gewähren, eine Zweigniederlassung zu gründen, sogar ihre ganze Existenz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, ohne sich dem Recht, das ihr den Status als Gesellschaft zugesteht, zu entbinden.

[13] Ebd. Rdnr. 19.
[14] Ebd. Rdnr. 16.
[15] *EuGH*, Urt. v. 9. 3. 1999 – C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-01459 = EuZW 1999, 216.
[16] *EuGH*, EuZW 1999, 216 Rdnr. 3.
[17] Ebd. Rdnr. 15.
[18] Ebd. Rdnr. 7.
[19] Ebd. Rdnrn. 23 f.

c) Überseering

Die Rechtssache *Überseering*[20] ist das Paradebeispiel für die Konsequenzen der unterschiedlichen Begriffe. Nach deutschem Recht kommt der Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile durch deutsche Staatsbürger der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes gleich[21]. Nach der in Deutschland herrschenden Sitztheorie ist die Rechtsfähigkeit einer (auch ausländischen) Gesellschaft nach dem Recht zu beurteilen, das am Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes gilt[22]. Um den Anforderungen des deutschen Rechts zu entsprechen, müsse eine ausländische Gesellschaft nach deutschem Recht neu gegründet werden[23]. So wurde einer niederländischen Gesellschaft, die die Neugründung verweigerte, ihre Parteifähigkeit, d.h. ihre Rechtsfähigkeit abgesprochen.

Die niederländische Regierung war hingegen der Auffassung, dass es sich in dieser Situation um die Gründung einer Zweigniederlassung handelte. Es sei falsch, dass die bloße Abtretung der Geschäftsanteile an ausländische Staatsbürger zu einer Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes führe[24].

Der *EuGH* äußerte, dass sich die Anforderung, eine Gesellschaft in Deutschland neu zu gründen, um rechtsfähig anerkannt zu werden, mit dem AEUV nicht vereinbaren lasse, da dies einer Negierung der Niederlassungsfreiheit gleichkomme[25]. So wurde auch ein wichtiger Grundsatz ausgesprochen, der besagt, dass es eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit bedeutet, die Liquidation und Neugründung im Zielstaat zu fordern.

d) Inspire Art

In der Rechtssache *Inspire Art*[26] wurden erneut bestimmte Aspekte der Eintragung einer Zweigniederlassung im Handelsregister thematisiert[27]. Nach Aussagen des *EuGH* ist festzustellen, dass ein Mitgliedstaat berechtigt sei, Maßnahmen zu tref-

---

20 *EuGH*, Urt. v. 5. 11. 2002 – C-208/00, Überseering, Slg. 2002, I-09919 = EuZW 2002, 754.
21 *EuGH,* EuZW 2002, 754 Rdnr. 9.
22 Ebd. Rdnr. 4.
23 Ebd. Rdnr. 79.
24 Ebd. Rdnr. 49.
25 Ebd. Rdnr. 81.
26 *EuGH*, Urt. v. 30. 09. 2003 – C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155 = EuZW 2003, 687.
27 *EuGH*, EuZW 2003, 687 Rdnr. 2.

fen, die verhindern sollen, dass sich seine Staatsangehörigen unter missbräuchlicher Ausnutzung des Gemeinschaftsrechts der Anwendung des nationalen Rechts entziehen könnten[28]. Der Umstand, dass eine Gesellschaft im Sitzmitgliedstaat keine Tätigkeit ausübe, da sie diese ausschließlich in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, stelle noch kein missbräuchliches und betrügerisches Verhalten dar[29]. In diesem Sinne sei die bloße Berufung auf dieses Argument kein Rechtfertigungsgrund zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.

e) SEVIC Systems

In der Rechtssache *SEVIC Systems*[30] ging es um die deutsche Regelung, nach der nur eine Verschmelzung von Rechtsträgern mit Sitz in Deutschland vorgesehen war[31]. Deshalb wurde die Verschmelzung zweier luxemburgischer Gesellschaften in eine deutsche ohne Abwicklung vereitelt.

Der *EuGH* betonte, dass alle Maßnahmen in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fielen, die den Zugang zu einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitzmitgliedstaat verhelfen. Außerdem fielen alle Maßnahmen in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit, die die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit in jenem Staat ermöglichten, die grenzüberschreitende Umwandlung inbegriffen[32].

3. Die Entscheidung in der Rechtssache Cartesio[33]

a) Das Ausgangsverfahren

Cartesio wurde am 20. Mai 2004 in der Rechtsform einer *betéti társaság* (Kommanditgesellschaft) ungarischen Rechts gegründet. Als Sitz wurde *Baja* (Ungarn) festgelegt. Sie wurde am 11. Juni 2004 im Handelsregister eingetragen. Kommanditist,

---

28 Ebd. Rdnr. 136.
29 Ebd. Rdnr. 139.
30 *EuGH*, Urt. v. 13. 12. 2005 – C-411/03, SEVIC Systems, Slg. 2005, I-10805 = EuZW 2006, 81.
31 *EuGH*, EuZW 2006, 81 Rdnr. 7.
32 Ebd. Rdnr. 18.
33 *EuGH*, Urt. v. 16. 12. 2008–C-210/06, *CARTESIO Oktatási és Szolgáltató bt*, Slg. 2008, I-09641 = RIW 2009, 70.

der nur zur Kapitaleinlage verpflichtet ist, und Komplementär, der unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft haftet, waren zwei in Ungarn ansässige natürliche Personen, die die ungarische Staatsangehörigkeit besaßen. Die Gesellschaft war unter anderem in den Bereichen Humanressourcen, Sekretariat, Übersetzung, Unterricht und Bildung tätig[34].

Am 11. November 2005 stellte *Cartesio* beim *Bács-Kiskun Megyei Bíróság* (Bezirksgericht Bács-Kiskun) als *Cégbíróság* (Handelsregistergericht) den Antrag, die Verlegung ihres Sitzes nach *Gallarate* (Italien) zu bestätigen und die Angabe des Sitzes im Handelsregister entsprechend zu ändern. Mit der Entscheidung vom 24. Januar 2006 wurde dieser Antrag mit der Begründung abgelehnt, dass eine in Ungarn gegründete Gesellschaft nach geltendem ungarischen Recht ihren Sitz nicht unter Beibehaltung des ungarischen Personalstatuts ins Ausland verlegen könne. *Cartesio* hat gegen diese Entscheidung Berufung beim *Szegedi Ítélőtábla* (Regionalgericht Szeged) eingelegt. Unter Bezugnahme auf das Urteil *SEVIC Systems* machte *Cartesio* vor dem Gericht geltend, dass das ungarische Gesetz insoweit, als es Handelsgesellschaften unterschiedlich behandele, je nachdem, in welchem Mitgliedstaat sich ihr Sitz befinde, gegen die Art. 49 AEUV und 54 AEUV verstoße. Aus diesen Artikeln ergebe sich, dass das ungarische Gesetz den nationalen Gesellschaften nicht vorschreiben könne, Ungarn als Sitzland zu wählen[35].

Zum Kern des Ausgangsverfahrens führte das Gericht unter Bezugnahme auf das *Daily Mail*- Urteil aus, dass die in den Art. 49 und 54 AEUV vorgesehene Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet und in diesem eingetragen sei, nicht das Recht gewähre, ihre Hauptverwaltung und damit ihre Hauptniederlassung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Rechtspersönlichkeit und ihre ursprüngliche Staatsangehörigkeit zu behalten, wenn sich die zuständigen Behörden dem widersetzen. Der *EuGH*, so das Gericht, könnte diesen Grundsatz jedoch in seiner späteren Rechtsprechung modifiziert haben. In diesem Zusammenhang weist es auf die Rechtsprechung des *EuGH* hin, wonach Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften Maßnahmen seien, die die Ausübung dieser Freiheit verböten, behinderten oder weniger attraktiv machten, und bezieht sich dabei insbesondere auf das *CaixaBank France*-Urteil[36],[37].

34 *EuGH*, RIW 2009, 70 Rdnrn. 21 f.

35 Ebd. Rdnrn. 23 f.

36 *EuGH*, Urt. v. 5. 10. 2004 – C-442/02, *CaixaBank France*, Slg. 2004, I-8961 – EuZW 2004, 701 Rdnrn. 11 f.

37 *EuGH*, RIW 2009, 70 Rdnrn. 34 f.

Außerdem habe der *EuGH* im *SEVIC Systems*-Urteil entschieden, dass die Art. 49 und 54 AEUV einer Ungleichbehandlung von nationalen Gesellschaften und Gesellschaften in anderen Mitgliedstaaten entgegenstehen. Eine solche Ungleichbehandlung kann darin gesehen werden, dass die Zulässigkeit der Eintragung einer Verschmelzung durch Auflösung ohne Abwicklung einer Gesellschaft und durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf eine andere Gesellschaft im nationalen Handelsregister davon abhängig sein soll, ob beide Gesellschaften aus demselben oder aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten stammen. Es sei ferner ein in der Rechtsprechung des *EuGH* fest verankerter Grundsatz, dass die nationalen Rechtsordnungen die Gesellschaften nicht abhängig von der Staatsangehörigkeit desjenigen, der ihre Eintragung ins Handelsregister beantrage, unterschiedlich behandeln dürfen [38].

b) Zur vierten Vorlagefrage

Das vorliegende Gericht ersuchte den *EuGH* um die Beantwortung der folgenden Fragen (unter der vierten Vorlagefrage zusammengefasst):

- Handelt es sich bei der Absicht einer in Ungarn nach ungarischem Gesellschaftsrecht gegründeten und im ungarischen Handelsregister eingetragenen Gesellschaft, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union zu verlegen, um eine Frage, deren Regelung unter das Gemeinschaftsrecht fällt, oder ist mangels Harmonisierung der Rechtsvorschriften ausschließlich das nationale Recht anwendbar?

- Kann sich eine ungarische Gesellschaft bei der Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union unmittelbar auf das Gemeinschaftsrecht (hier die Art. 49 AEUV und 54 AEUV) berufen? Wenn ja, kann die Sitzverlegung, sei es durch den Herkunftsstaat, sei es durch den Aufnahmestaat, von einer Bedingung oder einer Genehmigung abhängig gemacht werden?

- Sind die Art. 49 AEUV und 54 AEUV dahingehend auszulegen, dass eine nationale Regelung oder Praxis mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist, wenn dadurch Handelsgesellschaften in Bezug auf die Ausübung ihrer Rechte unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, in welchem Mitgliedstaat sie ansässig sind?

---

[38] Ebd. Rdnrn. 37 f.

- Sind die Art. 49 AEUV und 54 AEUV dahingehend auszulegen, dass eine nationale Regelung oder Praxis mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist, nach der es einer Gesellschaft des betreffenden Mitgliedstaates verwehrt ist, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat der EU zu verlegen?

Aus der Vorlageentscheidung ergab sich, dass *Cartesio* trotz der beabsichtigten Sitzverlegung ihre Eigenschaft als Gesellschaft ungarischen Rechts behalten möchte (rechtsformbewahrende Sitzverlegung). Der Fall einer solchen Verlegung des Sitzes, ohne Änderung des für sie maßgeblichen Rechts sei, jedoch von dem Fall zu unterscheiden, dass eine Gesellschaft ihren Sitz unter Änderung des anwendbaren nationalen Rechts verlege und dabei in eine dem nationalen Recht des zweiten Mitgliedstaates unterliegende Gesellschaftsform umgewandelt werde[39]. Eine solche Verlegung erfordere es nach ungarischem Recht, dass die Gesellschaft zunächst zu bestehen aufhöre und dann nach dem Recht des Landes, in das der Sitz verlegt werden solle, neu gegründet werde[40].

Der *EuGH* hat im *Daily Mail*-Urteil[41] bereits ausgeführt, dass der AEUV den Unterschieden im nationalen Recht hinsichtlich der für ihre Gesellschaften erforderlichen Anknüpfung sowie der Möglichkeit und gegebenenfalls der Modalitäten einer Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes[42] einer Gesellschaft nationalen Rechts von einem Mitgliedstaat in einen anderen Rechnung trägt[43]. Die aufgezeigten Unterschiede betrachtet der *EuGH* als Probleme, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst seien, sondern einer Lösung im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen. Dazu sei es jedoch bisher noch nicht gekommen[44].

Der *EuGH* kam zu demselben Ergebnis wie im *Daily Mail*-Urteil und zwar, dass die Unterschiede im nationalen Recht und die Ermangelung autonom ausgelegter Begriffe bei der Anwendung der Bestimmungen betreffend der Niederlassungsfreiheit solche Vorfragen aufwürfen, die beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nur nach dem geltenden nationalem Recht beantwortet werden könnten. Nur wenn die Prüfung ergibt, dass einer Gesellschaft in Anbetracht der in Art. 54 AEUV genannten Voraussetzungen tatsächlich die Niederlassungsfrei-

---

39 Ebd. Rdnrn. 100 f.

40 Ebd. Rdnr. 103.

41 *EuGH*, NJW 1989, 2186 Rdnr. 21.

42 In der Definition des Sitzes erfolgte auch keine Angleichung. In Art. 54 AEUV werden der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung einer Gesellschaft als Anknüpfung gleich geachtet.

43 S. dazu *Bayer/Schmidt*, ZHR 2009, 735 (742).

44 *EuGH*, RIW 2009, 70 Rdnrn. 106 und 108.

heit zugutekommt, stellt sich die Frage, ob sich die Gesellschaft einer Beschränkung dieser Freiheit gegenübersieht[45].

c) Zu den weiteren Vorlagefragen

Die übrigen Teile der Entscheidung geben überwiegend den bekannten Rechtszustand zu Art. 234 EGV wieder, sind aber vor allem insofern hilfreich, als für die praktisch überaus bedeutsamen Handelsregistersachen in erheblichem Umfang Klarheit geschaffen wird[46].

d) Anmerkungen zum Cartesio- Urteil

Der *EuGH* ließ überraschend und entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts den Ausschluss des rechtsformbewahrenden Wegzugs nicht an der Niederlassungsfreiheit scheitern[47]. Es war allgemein erwartet worden, dass der *EuGH* mit der Entscheidung weitere Hindernisse der Freizügigkeit von Gesellschaften beseitigen würde[48]. Im Kern bestätigte der *EuGH* dennoch die Erwartungen der bisherigen Rechtsprechung[49]. Er griff auf den im *Daily Mail*-Urteil festgelegten Grundsatz[50] zurück, in dem die Dispositionsmacht des Mitgliedstaates über die Möglichkeit der Sitzverlegung erklärt wurde, da eine Gesellschaft außerhalb des Rechts, nach dem sie gegründet wurde, keine Realität hat.

Die Befugnis, die Sitzverlegung auszuschließen, gestattet es den Mitgliedstaaten aber nicht, im Falle des Statutenwechsels die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zu verlangen und dadurch die Umwandlung zu verhindern. Nicht der rechtsformbewahrende, wohl aber der identitätsbewahrende Wegzug ist geschützt. Das heißt, die grenzüberschreitende Sitzverlegung ist auch hinsichtlich des Wegzugs geschützt, nicht aber die Möglichkeit, das Recht des Herkunftstaates mitzu-

---

45 Ebd. Rdnr. 109; s. noch *Bayer/Schmidt*, 2009, 735 (743).
46 *Schmidt-Kessel*, GPR 2009, 26 (29).
47 Ebd. 26 f.
48 Ebd. 27.
49 Ebd. 28.
50 *EuGH*, NJW 1989, 2186 Rdnr. 19.

nehmen[51], da Letzteres in die kollisionsrechtliche Anknüpfung weiterhin vom Mitgliedstaat determiniert wird[52].

Die Gesellschaften sind in diesem Sinne an das Recht des Mitgliedstaates gebunden, nach dessen Recht sie gegründet worden sind. Beabsichtigen sie jedoch ihr „Rechtskleid" zu wechseln, darf nicht einmal der Wegzugstaat die Auswanderungsabsicht vereiteln.[53]

Im Schrifttum wird des Weiteren angeprangert, dass sich der *EuGH* auch mit dem Argument hätte auseinandersetzen sollen, dass die Gesellschaft trotz Sitzverlegung ihren satzungsmäßigen Sitz, ihren Verwaltungssitz bzw. ihre Hauptniederlassung gemäß Art. 54 AEUV unverändert innerhalb der Europäischen Union hat, weshalb ihr doch die Niederlassungsfreiheit zugutekommen sollte[54]. Auch andere Aussagen der Rechtsprechung hätten berücksichtigt werden müssen, denn die relevanten Entscheidungen bis auf *Daily Mail* schienen eine andere Richtung in der Auslegung eingeschlagen zu haben. Es ist auch kein Wunder, dass Generalanwalt *Maduro* in seinen Schlussanträgen die frühere Rechtsprechung in einer rationalisierten Fassung wiederzugeben versuchte[55], und demzufolge ein ganz anderes Ergebnis vorsah[56].

4. Die Ordnung im Fallkatalog

Im Schrifttum gibt es viele Ansichten, wie sich die Sitzverlegungsfälle einordnen lassen: Weg- und Zuzugsfälle, rechtsformbewahrende oder Umwandlung erfordernde Verlegung des Sitzes und noch einige weitere.

Mit der Frage, die der Rechtssache *Cartesio* auch zugrunde lag, ob eine Gesellschaft ihren Heimatstaat gegen dessen Willen verlassen darf, befasste sich der *EuGH* in der *Daily Mail*-Entscheidung vor zwanzig Jahren zum letzten Mal. Damals kam man zu der Auslegung, dass es beim damaligen Stand des Gemeinschaftsrechts nicht möglich sei, den Sitz der Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat zu

---

[51] *Schmidt-Kessel*, GPR 2009, 26 (28).
[52] *Bayer/Schmidt*, ZHR 2009, 735 (754).
[53] Ebd. 756.
[54] *Petronella*, EBLR 2010, 245 (254).
[55] *Borg-Barthet*, ICLQ 2009, 1020 (1024).
[56] Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro*, oben in Fußn. 6 aufgeführt, Rdnr. 35.

verlegen. Hiernach habe eine Gesellschaft jenseits des Rechts, nach dem sie gegründet würde, keine Realität[57].

Seit dem *Daily Mail*-Urteil hat sich die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften jedoch weiter entwickelt, und der *EuGH* verfolgt nun einen differenzierteren Ansatz. Diese Entwicklung ist allerdings von zahlreichen widersprüchlichen Signalen in der Rechtsprechung begleitet worden. Insbesondere mit den Urteilen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* schien sich die Rechtsprechung genau in die entgegengesetzte Richtung zu dem vom *EuGH* im *Daily Mail*-Urteil eingeschlagenen Weg zu bewegen. Denn der *EuGH* wies konsequent das Argument zurück, dass nationale gesellschaftsrechtliche Vorschriften außerhalb des Geltungsbereichs der Regelungen liegen sollten, die der Vertrag zur Niederlassungsfreiheit enthält[58]. In der Literatur nennt man die Sachverhalte dieser Richtung, in denen der Aufnahmestaat den Zuzug von Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten verhindert oder zumindest erschwert, die sogenannten Zuzugsfälle[59].

Bis zum Urteil in der Rechtssache *Cartesio* keimte die Hoffnung in der Literatur auf, dass die nach *Daily Mail* beobachtete Rechtsprechung eine nachgiebige Tendenz aufzeigen würde, was die Sitzverlegung von Gesellschaften angeht. Mit der Entscheidung in der Rechtssache *SEVIC Systems* schien sich endlich eine Annäherung anzudeuten[60]. Mit der *Cartesio*-Entscheidung führte man nicht die Rechtsprechung der *Centros* – *Überseering* – *Inspire Art* – Trias[61], sondern die durch *Daily Mail* begründeten Rechtsprechungslinie fort[62]. Es rechtfertigt die Unterscheidung auch, dass in den Rechtssachen *Daily Mail* und *Cartesio* die Beziehung zwischen der Gesellschaft und dem Staat, nach dessen Recht sie gegründet worden war, betroffen war. In den anderen Fällen handelt es sich hingegen um die Anerkennung einer ausländischen Gesellschaft, der das Recht, aus dem sie ihre Existenz schöpft, Rechtspersönlichkeit und das Recht zur Sitzverlegung gewährt[63]. Dies impliziert weiterhin unterschiedliche Beurteilungen von Weg- und Zuzugsfällen.

---

57 *Pießkalla*, EuZW 2009, 75 (82).

58 Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro*, oben in Fn. 6 aufgeführt, Rdnr. 27.

59 *Grohmann/Gruschinske*, EuZW 2008, 463.

60 *Schmidt-Kessel*, GPR 2009, 26 (28).

61 Für Zuzugsfälle ist und bleiben auf europäischer Ebene weiterhin die *EuGH*-Entscheidungen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* maßgeblich. S. *Bayer/Schmidt*, ZHR 2009, 735 (738-739).

62 *Bayer/Schmidt*, ZHR 2009, 735 (744).

63 *EuGH*, EuZW 2002, 754 Rdnr. 62.

Obwohl die Differenzierung zwischen Weg- und Zuzugsfällen als herrschende Meinung angesehen werden kann, sollte der Abgrenzung meiner Meinung nach, besonders im Licht des *Cartesio*-Urteils, den Unterschied zwischen der mit einem Statutenwechsel und mit einer entsprechenden Umwandlung verbundenen und der rechtsformbewahrenden, d. h. auch keine Umwandlung erfordernde Verlegung des Sitzes zugrunde liegen.

Wenn man ein Schema zur Abbildung der Rechtsprechung anfügen will, bietet sich der folgende Ablaufplan an:

Daily Mail → *Cartesio*

Centros → *Überseering* → *Inspire Art* → *SEVIC Systems*

Eine weitere Einordnung bietet sich aufgrund dessen, ob sich der Sachverhalt auf eine oder mehrere Gesellschaften erstreckt. Die bisher dem *EuGH* vorgelegten Fälle lassen sich demnach in folgende Kategorien einordnen: Rechtsformwahrender Weg- (1) und Zuzug (2), bei denen es nur um eine Gesellschaft und nur um die Verlegung des Sitzes geht, und Hineinverschmelzung (3), wobei schon eine nach dem Recht des Zuzugstaates gegründete Gesellschaft existiert, die im Recht des Zuzugstaates einen Zurechnungspunkt darstellt. In diesem Zusammenhang repräsentieren *Daily Mail* und *Cartesio* den Punkt (1), *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* den Punkt (2), *SEVIC Systems* den Punkt (3).

Unabhängig davon, welche Anordnung man wählt, erscheint klar, dass *Centros* und *Überseering* die Errichtung einer Zweitniederlassung ansprechen. Die Probleme, die die Verlegung des einzigen Sitzes, des Ausgangspunkts von vielen souveränen Akten (z. B. Zustellung, Auflösung von Gesellschaften unbekannten Sitzes[64]) mit sich bringt, lassen sich an den Problemen, die bei der Etablierung einer Zweitniederlassung aufkommen, kaum messen.

IV. Die Problemstellen

Der Kern des Problemfelds kann auf die Frage reduziert werden, ob das eigene nationale Recht oder das des Gründungsstaates auf die aus einem anderen Mitgliedstaat stammenden Gesellschaften Anwendung findet. Falls zweitens der Fall

64 S. dazu *Bayer/Schmidt*, ZHR 2009, 735 (746).

sein sollte, stellt sich die weitere Frage, wie weit[65] und auf welche Weise[66] das nationale Recht des Aufnahmestaates außer Acht gelassen wird. Wie muss man vorgehen, wenn die Auslandsgesellschaft allein mit dem Ziel gegründet wird, um den zwingenden Verpflichtungen des Mitgliedstaates zu entkommen? Dürfen den missbräuchlichen und betrügerischen Absichten überhaupt keine Grenzen gesetzt werden? Das Problem impliziert neben dem kollisionsrechtlichen Aspekt auch die Infragestellung, beziehungsweise die Beibehaltung der juristischen Persönlichkeit[67].

1. Kollisionsrecht im EGV beziehungsweise AEUV?

Seit dem Urteil in der Rechtssache *Reyners*, in dem sich der *EuGH* für die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 49 AEUV und 54 AEUV aussprach, rückt der Anspruch auf die Auslegung der erwähnten Artikel in den Vordergrund. Zunächst bietet sich an, über die Natur der Regelung ein Urteil zu fällen. Als Ausgangspunkt dient sowohl eine kollisionsrechtliche Annäherung als auch die Auffassung, dass an dieser Stelle nur durch die Breite des Zugangs zur Niederlassungsfreiheit bestimmt wird, das heißt, welchen Gesellschaften diese Freiheit zugutekommt, und keine Grundsätze hinsichtlich des anwendbaren Rechts formuliert werden.

Es stellt sich die Frage, ob die Gesellschaften, die nach einer Sitzverlegung ihre Rechtsform bewahren dürfen, als reine kollisionsrechtliche Gesellschaften angesehen werden. (Die Frage ist ja, ob ein Mitgliedstaat auf die ihren Sitz auf sein Staatsgebiet verlegende Gesellschaft ein anderes Recht anwenden kann/muss und ob der Wegzugsstaat die Anwendung seines Rechts zulassen kann/muss.) Ich denke, dass sich die vom *EuGH* bislang behandelten Fragen des internationalen Gesellschaftsrechts von ihrem Umfang her auf reine kollisionsrechtliche Aspekte beschränken. Die verfahrensrechtlichen und anderen Details blieben bislang vom *EuGH* unangetastet.

Nach der herrschenden Meinung dürfe Art. 54 AEUV doch nicht als kollisionsrechtliche Norm betrachtet werden, da er lediglich die juristischen Personen um-

---

[65] Ich meine natürlich, dass die nicht privatrechtlichen, also die zwingenden Regeln (z. B. die Vorschriften des Steuerrechts), die sich auf die Tätigkeit der Gesellschaft beziehen und deshalb von ganz anderen Anknüpfungsmerkmalen Gebrauch machen, in diesem Zusammenhang ausgeschlossen werden.

[66] In erster Linie, ob man mit kollisionsrechtlichen Regeln rechnet und ob das Europarecht in diesem Zusammenhang spezielle Anforderungen stellt.

[67] *Petronella*, EBLR 2010, 245 (254).

schreibe, denen die Niederlassungsfreiheit gewährt werde[68]. Daher löst er auch den Streit zwischen Gründungs- und Sitztheorie, denn das nationale Recht, auf das die Gründung der Gesellschaft zurückzuführen ist, müsse als kompetent genug für die künftige Regelung ab dem Zeitpunkt der Gründung gehalten werden, unabhängig davon, ob es später die grenzüberschreitende Sitzverlegung anerkenne (europarechtliche Gründungstheorie)[69]. Dieser Ansatz entspricht im Wesentlichen der „Gründungstheorie", wonach ordnungsgemäß gegründete Gesellschaften ihren Status auch nach der Sitzverlegung ins Ausland behalten. Der Sitztheorie, die eine Neugründung am Zielort verlangt, ist die Grundlage entzogen[70].

Hierzu muss ich unbedingt hinzufügen, dass dieser Grundsatz nicht über die ohnehin bestehende Rechtsetzungskompetenz der Staaten hinausgeht: Der Gründungstaat darf ohne Weiteres Regelwerke über die Gesellschaften seines Rechts erlassen, aber der Wirkungsbereich solcher Maßnahmen erstreckt sich infolge fehlender Anerkennung durch andere Staaten nur auf sein Staatsgebiet. Daran ändert auch nichts das Europäische Primärrecht in Art. 54 AEUV.

Im Lichte des *Cartesio*-Urteils muss die Stellung Ungarns zur Sitz- und Gründungstheorie näher betrachtet werden. Aus der Perspektive des materiellen Rechts[71] über die Gesellschaften lässt sich die Annahme der Sitztheorie entschlüsseln. Im Gesetzbuch des ungarischen internationalen Privatrechts[72] existiert jedoch ein ganz anderes Konzept parallel zu dem gerade Erwähnten.

Schließlich stellt sich die Frage, wozu Art. 49 AEUV und 54 AEUV mangels kollisionsrechtlicher Auswirkung dienen sollen. Obwohl im Schrifttum dafür argumentiert wird, dass die Gesellschaften ihre Rechtspersönlichkeit durch diese Bestimmungen während der Sitzverlegung behalten sollten[73], kann ich an diesem Verweis

---

68 *Petronella*, EBLR 2010, 245 (259).

69 *Petronella*, EBLR 2010, 245 (260). Siehe für weiterführende Literatur *Petronella*, EBLR 2010, 245 (260) Fn. 75.

70 *Pießkalla*, EuZW 2009, 75 (82).

71 „Dieses Gesetz regelt die Gründung, Organisation und Tätigkeit der auf dem Gebiet Ungarns über einen Firmensitz verfügenden Wirtschaftsgesellschaften, die Rechte und Pflichten der Gründer bzw. Mitglieder (Aktionäre) der Gesellschaften und ihre Haftung sowie die Änderung der Gesellschaftsform, Verschmelzung bzw. Spaltung der Wirtschaftsgesellschaften und ihre Auflösung ohne Rechtsnachfolger." (Art. 1 I des Gesetzes Nr. IV von 2006 über die Wirtschaftsgesellschaften).

72 „Das Personenrecht der Rechtsperson ist das Recht jenes Staates, auf dessen Territorium die Rechtsperson registriert wurde." (Art. 18 II der Gesetzesverordnung Nr. 13 vom Jahre 1979 über das internationale Privatrecht).

73 *Petronella*, EBLR 2010, 245 (254).

zweifeln, denn die Beibehaltung der juristischen Persönlichkeit ist wiederum im Kollisionsrecht verankert.

2. Verschiedene Begriffe: Im Mittelpunkt der Sitz

Der Begriff „Sitz“ sorgte auch im Verlauf des *Cartesio*-Verfahrens von Anfang an für Verwirrung und Missverständnisse[74]. Im Verfahren beantragte Irland, implizit mit Hinweis auf die unterschiedliche Terminologie, die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Seinen Antrag stützte Irland darauf, dass die Vorlageentscheidung, anders als der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen meint, nicht dahingehend zu verstehen sei, dass sich die vierte Frage auf die Verlegung des Gesellschaftssitzes beziehe, der nach ungarischem Recht als Ort der Hauptverwaltung und damit als tatsächlicher Sitz der Gesellschaft definiert sei. Aus der Vorlageentscheidung in der englischen Übersetzung gehe vielmehr hervor, dass diese Frage die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes betreffe. Daher sei eine der tatsächlichen Prämissen, auf denen die Würdigung des Generalanwalts beruhe, unrichtig[75].

Wie schon im Punkt III.2.c) angesprochen, spielte die Verwirrung um den Begriff „Sitz“ nicht nur in der Rechtssache *Cartesio* eine große Rolle. Im *Überseering*-Verfahren stießen die unterschiedlichen Auffassungen über den „Sitz“ aufeinander. Aus diesem Grund halte ich es für empfehlenswert, diese Frage genauer zu untersuchen.

Der Sitz verkörpert stets die territoriale Gebundenheit der Gesellschaft. Geht es um den Ort der Tätigkeit oder das Verwaltungszentrum, kann man die Gesellschaft immer an einen bestimmten Platz binden[76]. In Europa entwickelten sich zwei Grundkonzepte: Der Sitz kann sowohl als Kontaktadresse funktionieren (formalistische[77] Auffassung) als auch als der Ort, an dem die grundlegenden Entscheidungen getroffen werden oder der Hauptteil der Tätigkeit erfolgt (materielle[78]

---

74 *Bayer/Schmidt*, ZHR 2009, 735 (755).
75 *EuGH*, RIW 2009, 70 Rdnrn. 41 ff.
76 Metzinger/Nemessányi/Osztovits/*Metzinger,* Freedom of Establishment for Companies in the European Union, (2009) 105.
77 Beispiele für formalistischen Sitz: *Registered office*, satzungmäßiger Sitz.
78 Beispiele für materiellen Sitz: Verwaltungssitz, Hauptniederlassung, *centre of main interests* (COMI).

Auffassung)[79]. Der formale Sitz wird im Gegensatz zum materiellen Sitz, der auf Tatsächlichkeit beruht, durch Recht gestaltet. Natürlich dürfen, in bestimmten Rechtssystemen müssen, sich die beiden Arten von Sitzen decken[80].

Der *EuGH* stellte auch fest, dass sich der Sitz einer Gesellschaft ungarischen Rechts nach dem Gesetz über die Handelsregistereintragung an dem Ort befinde, an dem die Hauptverwaltung zu finden sei[81]. Die einschlägigen ungarischen Bestimmungen lauten wie folgt:

„Der Sitz der Firma ist die eingetragene Geschäftsstelle der Firma. Die eingetragene Geschäftsstelle ist die Korrespondenzanschrift der Firma, jener Ort, an dem die Übernahme, Eingangsregistrierung, Aufbewahrung bzw. Bereithaltung der Geschäftsunterlagen und amtlichen Dokumente der Firma sowie die Erfüllung der in einer gesonderten Rechtsnorm festgelegten, mit dem Sitz verbundenen Pflichten erfolgt. (…) Das Gründungsdokument der Firma kann auch verfügen, dass der Sitz der Firma zugleich der Ort der zentralen Sachbearbeitung (Entscheidungsfindung) ist. Wenn der Sitz der Firma nicht mit dem Ort der zentralen Sachbearbeitung identisch ist, muss der Ort der zentralen Sachbearbeitung im Gründungsdokument der Firma und im Handelsregister aufgeführt werden …“ (Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes Nr. V von 2006 über die Firmenpublizität, das handelsgerichtliche Verfahren und die Liquidation)

Die Klärung der Frage, ob *Cartesio* ursprünglich die Verlegung ihres Satzungssitzes oder die ihres Verwaltungssitzes beantragte, besitzt eine über Übersetzungsschwierigkeiten hinausgehende Bedeutung. Bezieht sich der dem *Cartesio*-Urteil zugrundeliegende Sachverhalt auf den satzungsmäßigen Sitz, stellt er einen neuen Falltyp unter den Sitzverlegungsfällen dar und ist nicht mit den in den Zuzugsfällen, in denen es sich um die Verlegung des Verwaltungssitzes oder die Errichtung einer Zweigniederlassung handelt, angenommenen Rechtsgrundsätzen in Parallelität zu stellen. Geht es um den Verwaltungssitz, entspricht der Sachverhalt dem des *Daily Mail*-Verfahrens. Die reine Verlegung des Verwaltungssitzes zu verwehren, ist als eine Maßnahme anzusehen, die „den Zugang zu einem anderen Mit-

---

79 Metzinger/Nemessányi/Osztovits/*Metzinger,* Freedom of Establishment for Companies in the European Union, (2009) 108-109.

80 Metzinger/Nemessányi/Osztovits/*Metzinger,* Freedom of Establishment for Companies in the European Union, (2009) 111.

81 *EuGH*, RIW 2009, 70 Rdnr. 101.

gliedstaat … und die Ausübung einer Tätigkeit in jenem Staat“[82] vereitelt, und demzufolge unzulässig ist.

Laut der Aussage des *EuGH* in der Rechtssache *Cartesio* kommt es bei der Beurteilung der Sitzverlegung schließlich nicht auf den unterschiedlichen Begriffsgebrauch an, sondern es ist vielmehr maßgeblich, ob mit der Sitzverlegung auch der Wechsel des anwendbaren Rechts verbunden ist[83], was weiterhin von den Vorschriften des nationalen Rechts, insbesondere dessen Begriffsbestimmungen abhängt.

V. Anmerkungen zur Rechtsprechung des EuGH

1. Die Ungleichbehandlung von Herkunfts- und Aufnahmestaaten

Die unterschiedliche Behandlung der Weg- und Zuzugsfälle ist im Ganzen nicht zu rechtfertigen. Erstens herrscht ein Diskriminierungsverbot im Europarecht im Allgemeinen. In diesem Problemfeld ist die Gleichbehandlung der inländischen und ausländischen Sachverhalte von Bedeutung. Manche Autoren sagen, es läge eine Diskriminierung grenzüberschreitender Sitzverlegungen gegenüber rein inländischer Sachverhalte vor[84]. Ob diese Schlechterstellung mit dem Schlagwort fehlender Harmonisierung erklärt werden kann, erscheint zweifelhaft. Die fehlende Harmonisierung wirkt sich auch in den Zuzugsfällen aus. Wiederum stellt sich die Frage, warum fehlende Harmonisierung der Erweiterung der Wegzugsfreiheit, nicht der Zuzugsfreiheit entgegengehalten werden sollte. Die Annahme, dass Art. 49 AEUV nur für letztgenannte Fälle gelte, ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen[85].

Zweitens hat die Sitzverlegung innerhalb der Europäischen Union stets gleichzeitig einen Wegzug und einen Zuzug inne. Bestünde auf einer der beiden Seiten eine Beschränkung, könnte die Verlegung vereitelt werden. Zuzug und Wegzug sind ja nur zwei Aspekte derselben Erscheinung, die den Kern der Niederlassungsfreiheit bilden. Man muss doch noch anmerken, dass die Gleichbehandlung nicht automatisch die Gewährung der Möglichkeit der Sitzverlegung bedeutet, man muss ent-

[82] *EuGH*, EuZW 2006, 81. Rdnr. 18.
[83] *Bayer/Schmidt*, ZHR 2009, 735 (756).
[84] *Pießkalla*, EuZW 2009, 75 (82).
[85] *Pießkalla*, EuZW 2009, 75 (82).

scheiden, ob man die Sitzverlegung in allen Fällen untersagt oder zulässt, denn nur eine Argumentation kann sich durchsetzen.

Drittens lässt sich die Diskriminierung von der Abwägung des Spielraums der betroffenen zwei Staaten annähern. Wenn dem Gründungsstaat, der das die Gesellschaft schöpfende Recht bestimmt, die Möglichkeit gewährleistet wird zu entscheiden, welchen Formationen und in welchem Umfang er Rechtsfähigkeit gibt und welchen der Weg zur Niederlassungsfreiheit geöffnet wird, das heißt, auch welchen er sie nicht gibt beziehungsweise welchen er den Zugang verweigert, sollte es dem Zuzugsstaat auch gewährt werden, dass er Formationen, die er nicht zu würdigen beabsichtigt, die Existenz bzw. den Zuzug untersagen kann und seine eigenen Anforderungen an sie stellen kann.

2. Zusammenfassung der Vorschriften über die Sitzverlegung

Diesen Teil widme ich der Zusammenfassung, welche Anforderungen, oder Möglichkeiten das einschlägige Primärrecht betreffend der Niederlassungsfreiheit an die, beziehungsweise den Mitgliedstaaten stellt.

a) Seitens des Herkunftsstaates:

aa) Dem Herkunftsstaat steht das Recht zu, darüber zu entscheiden, welche Formen die Rechtsstellung einer „Gesellschaft“ erlangen dürfen. Die Definition des Art. 54 AEUV, die sich notwendigerweise auf das nationale Recht stützt, lautet: „Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.“

bb) Den nach dem nationalen Recht gegründeten Gesellschaften ist die im Art. 49 AEUV und 54 AEUV verankerte Niederlassungsfreiheit nur dann zugänglich, wenn das nationale Recht ihnen dies explizit gewährt. In diesem Sinne verfügt der

Herkunftsstaat über eine sehr weite Dispositionsmacht, die meiner Meinung nach eventuell das einschlägige Primärrecht unterlaufen kann[86].

b) Seitens des Aufnahmestaates:

aa) Während die Freiheit des Herkunftsstaates im Umgang mit der Gesellschaft offenbar kaum begrenzt ist, sind Handlungsmöglichkeiten des Aufnahmestaates kaum vorhanden[87]. Möchte eine Gesellschaft ihren Sitz von einem Mitgliedstaat in den anderen verlegen, ist der aufnehmende Staat verpflichtet, dies zu dulden. Eine Nichtanerkennung ausländischer Gesellschaften stellt nämlich eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar[88]. Meines Erachtens umfasst die Anerkennungspflicht sowohl die primäre als auch die sekundäre Niederlassung[89].

bb) Die Zulassungspflicht ausländischer Gesellschaften erstreckt sich nur auf diejenigen Gesellschaften, die „nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet" worden sind und als konjunktives Kriterium „ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben". Das heißt, vom Anwendungsbereich der *Niederlassungsfreiheit werden diejenigen Gesellschaften, die ihren Sitz außerhalb der Europäischen Union errichtet haben, oder die nach dem Recht eines Nicht-Mitgliedstaates gegründet worden sind, ausgeschlossen*[90].

---

86 Als kleine Anmerkung darf ich meinen Zweifel daran nicht zurückhalten, ob der *EuGH* genauso entschieden hätte, wenn es in der dem Urteil zugrunde liegenden Situation um eine Zweitniederlassung gegangen wäre, auf die er sonst eine sehr „binnenmarktfreundliche" Auslegung anwendet und die vom Begriff „Niederlassung" doch umfasst wird, also wenn sich eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt hätte. Tatsache ist, dass der *EuGH* in allen Fällen, in denen es zur Verneinung der Sitzverlegung kam, mit Primärniederlassungen umzugehen hatte.

87 *Schmidt-Kessel*, GPR 2009, 26 (28).

88 *Pießkalla*, EuZW 2009, 75 (81).

89 Die Zweitniederlassung repräsentiert meiner Meinung nach den Treffpunkt zwischen den Anforderungen an den Herkunftsstaat und den Anforderungen an den Aufnahmestaat, denn „der Grenzüberschritt" muss auf beiden Seiten anerkannt werden.

90 Die Situation, die einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden ist, erlaubt, den Sitz außerhalb der EU zu errichten, beabsichtigt, ihren Sitz in einen EU-Mitgliedstaat zu verlegen, könnte einen sehr interessanten Sachverhalt liefern.

VI. Ausblick

Es ist zu vermuten, dass die Chancen eines zukünftigen einheitlichen Europäischen Gesellschaftsrechts genauso klein sind, wie die des Europäischen Bürgerlichen Gesetzbuches. Die Unterschiede im Gesellschaftsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten werden doch mit der Zeit reduziert. Der Angleichungsprozess läuft in drei wichtige Richtungen ab.

Es ist festzustellen, dass der Wettbewerb zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten durch die Annahmepflicht der einem anderem Mitgliedstaat entstammenden Gesellschaften angeregt worden ist und auch zurzeit angeregt ist. Die Mitgliedstaaten werden sich am ehesten durch den Wettbewerb der Rechtssysteme, der eine Durchlässigkeit der Grenzen zwingend erfordert, dazu durchringen können, gleichartige Vorteile zu gewähren, um den Wegzug von Gesellschaften zu verhindern[91]. Auf der anderen Seite führt diese Art von *race to the bottom* trotz des Wettkampfs, der die Einführung der niedrigsten Anforderungen an die Gründung und Existenz als Gesellschaft erzielt, zur Angleichung auf einem sehr niedrigen Niveau. Als Paradebeispiel dient die englische *limited*, die auch auf die Modernisierung des deutschen Gesellschaftsrechts einwirkte. Deshalb ist es kein Zufall, dass die bisherigen Fälle vor dem *EuGH* oft aus England wegziehende Gesellschaften thematisierten, denen im Gegensatz zum vorherrschenden Zustand in der Europäischen Union gestattet wird, ihren Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen.

Die Ansicht vom Jahre 1957, als alle Gründungsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft der Sitztheorie folgten, ist heute als überholt anzusehen. Mit den späteren Erweiterungen traten die Staaten mit der größten Gründungstheorie-Tradition bei, vor allem das Vereinigte Königreich. Jedoch wird diesen Staaten durch Entscheidungen, die die Sitztheorie kaum mehr tragbar machen, aufgezwungen, sie aufzugeben.

Art. 293 EGV wurde in der Fassung des Lissaboner Vertrags gestrichen, aber die früheren Versuche zur Vertragsschließung scheiterten sowieso. Neben Übereinkünften vergaß die Kommission den direkten Weg der Harmonisierung der Gesellschaftsrechte durch Richtlinien auch nicht. Als Grundlage zur Rechtssetzung dient Art. 50 II lit. g) AEUV weiterhin[92]. Größere Aufmerksamkeit erregte auch der Entwurf der 14. Gesellschaftsrichtlinie betreffend der gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften. Die Arbeiten an der Richtlinie zur Sitzverlegung wurden

[91] *Pießkalla*, EuZw 2009, 75 (82).
[92] *Petronella*, EBLR 2010, 245 (261).

jedoch 2007 eingestellt[93]. Als neuestes Regelwerk sollen nach der Mitteilung der Kommission im Rahmen des neuen „Stockholmer Programms" unter anderem auch gemeinsame Kollisionsnormen zur Bestimmung des auf Gesellschaften anwendbaren Rechts geschaffen werden („Rom VII"-VO)[94].

Die geschilderten Problemstellen der Gesellschaften nationalen Rechts werden im Allgemeinen im Fall von Gesellschaften aus der Brüsseler Wiege (z. B. SE) umgangen, da sie ihre Existenz nicht aus dem nationalen Recht schöpfen. Zur Erleichterung der Sitzverlegung innerhalb der Europäischen Union sind die europarechtlichen Gesellschaftsformen die ideale Lösung.

Zum Abschluss schlage ich vor, der rechtsformbewahrenden Sitzverlegung mehr Raum einzuräumen. Es trifft den Gedanken des Binnenmarktes viel mehr, wenn die Rechtstellung einer Gesellschaft, die ihr im Zuge der Gründung erteilt worden ist, mit ihrem originalen Inhalt „übertragbar" ist[95]. Dieser Grundsatz entspräche eher dem Vertrauensgedanken unter den Mitgliedstaaten.

Literaturverzeichnis

Bayer, Walter / Schmidt, Jessica Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn, ZHR 2009, 735-774

Borg-Barthet, Justin European Private International Law of Companies after Cartesio, International & Comparative Law Quarterly (ICLQ), 2009, 1020-1028

Grohmann, Uwe / Gruschinske, Nancy Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU – Rechtssache Cartesio, EuZW 2008, 463-464

Metzinger, Péter / Nemessányi, Zoltán / Osztovits, András Freedom of Establishment for Companies in the European Union, Budapest 2009

Petronella, Vittoria The Cross-Border Transfer of the Seat after Cartesio and the Non-Portable Nationality of the Company, European Business Law Review (EBLR), 2010, 245-265

93 *Bayer/Schmidt*, ZHR 2009, 735 (753).
94 *Bayer/Schmidt*, ZHR 2009, 735 (771).
95 *Petronella*, EBLR 2010, 245 (265).

Pießkalla, *Michael* Verhinderbare Gesellschaftssitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat als den Gründungsmitgliedstaat, EuZW 2009, 75-83

Schmidt-Kessel, Martin Niederlassungsfreiheit gestattet Wegzugsbeschränkungen. Anmerkungen zu *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06 – Cartesio, GPR 2009, 26-30

Volker Lipp

Europäisches Unterhaltsrecht

I. Einleitung

Das Unterhaltsrecht sichert den Lebensbedarf eines Menschen. Neben den Leistungen des Sozialstaates hat daher das Unterhaltsrecht für viele Menschen existenzielle Bedeutung. Das dürfte in Europa allgemein anerkannt sein. Doch unterscheidet sich das Unterhaltsrecht in den einzelnen europäischen Staaten erheblich. Das betrifft zum einen das materielle Recht, zum anderen das Verfahren. Noch bunter wird das Bild, wenn man grenzüberschreitende Unterhaltsfälle betrachtet. In manchen Staaten wenden Gerichte stets ihr eigenes Unterhaltsrecht an. In anderen Staaten muss zunächst das anwendbare Recht nach den Regeln des internationalen Privatrechts sorgfältig ermittelt werden, bevor das so gefundene Sachrecht auf den Unterhaltsfall angewendet werden kann.

Die Zahl grenzüberschreitender Unterhaltsfälle nimmt laufend zu. Es ist daher kein Wunder, dass Regelungen für sie zunehmend auf internationaler Ebene erarbeitet werden. Auch die Europäische Union ist hier sehr aktiv. Infolge all dieser Aktivitäten gibt es inzwischen eine Vielfalt von Regelwerken. Diese Rechtslage ist

nicht ganz zu Unrecht als „Dickicht“ bezeichnet worden. Welcher Rechtsuchende und welcher Rechtsberater sollen sich da noch auskennen?

Dieses Dickicht haben die Europäische Union und die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht jüngst zu lichten versucht. Zwei neue Haager Abkommen[1] und die UnterhaltsVO der EU[2] sollen die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in grenzüberschreitenden Fällen erleichtern und einheitlichen Regeln unterwerfen. Die neuen Regeln betreffen nicht nur die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen. Eines der neuen Haager Abkommen, das so genannte Unterhaltsprotokoll von 2007[3], soll darüber hinaus das Internationale Privatrecht des Unterhalts in umfassender Weise vereinheitlichen.

Angesichts des bestehenden Regelungsdickichts fragt man sich, ob neue Regelwerke wirklich notwendig sind und inwieweit es gelingen kann, das Dickicht durch die neuen Regelungen zu lichten. Um diese Fragen wird es im Folgenden gehen. Zunächst werde ich das Europäische Privat- und Verfahrensrecht des Unterhalts skizzieren (II.). Vor diesem Hintergrund stelle ich dann die neuen Regelungen der UnterhaltsVO und des Haager Protokolls vor (III. und IV.).

II. Unterhalt im Europäischen Privat- und Verfahrensrecht

Notwendigkeit und Bedeutung der neuen Regelungen werden deutlich, wenn man sich die derzeitige Rechtslage vergegenwärtigt.

1. Internationales Verfahrensrecht und Rechtshilfe

Derzeit wird die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in grenzüberschreitenden Fällen durch eine Vielzahl von internationalen Instrumenten bestimmt. Zwei

---

1 Das Haager Übereinkommen über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen vom 23. November 2007, abrufbar unter: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=131, und das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23. November 2007, abrufbar unter http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=133.

2 Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl EG 2009 NR. L 7/1 ff. v. 10.01.2009.

3 Haager Unterhaltsprotokoll 2007 (o. Fußn. 1).

Haager Konventionen von 1958[4] und 1973[5] regeln die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen. Die Rechtshilfe betrifft das weltweite New Yorker UN-Abkommen von 1956[6].

Innerhalb der EU können Unterhaltsforderungen seit 1968 nach dem Brüsseler EuGVÜ[7] vereinfacht durchgesetzt werden. Es wird durch das Parallelübereinkommen von Lugano[8] ergänzt. Das Brüsseler EuGVÜ ist inzwischen durch die so genannte Brüssel I-VO[9] abgelöst. Auch das Luganer Abkommen ist bereits überarbeitet.[10] Die Änderungen sind seit dem 1. Januar 2010 bereits zwischen der EU sowie Norwegen und Dänemark in Kraft, für die Schweiz wird es voraussichtlich ab 1. Januar 2011 gelten[11]. Innerhalb der EU sind im Laufe der Zeit hinzugetreten, die Europäische VollstreckungstitelVO[12] sowie die einschlägigen europäischen Regelungen über die Zustellung[13] und Beweisaufnahme[14] sowie über die Prozesskostenhilfe[15].

---

[4] Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflichten gegenüber Kindern vom 15. April 1958 (BGBl II 1961, S. 1006).

[5] Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen vom 2. Oktober 1973 (BGBl II 1986, S. 826).

[6] New Yorker UN-Übereinkommen für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland vom 20. Juni 1956 (BGBl II 1959, S. 150).

[7] Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (BGBl II 1972, S. 774).

[8] Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988, ABl EG 1988 Nr. L 319/9.

[9] Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates v. 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl EG 2001 Nr. L 12/1 v. 16.1.2001.

[10] Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl EG 2007 Nr. L 339/3 v. 21.12.2007.

[11] Unterrichtung über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des am 30. Oktober 2007 in Lugano unterzeichneten Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl EG 2010 Nr. L 140/1. Nach Beschluss des Schweizerischen Bundesrates vom 31. März 2010 wird das revidierte Übereinkommen mit Wirkung zum 1. Januar 2011 ratifiziert werden.

[12] Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl EG 2004 Nr. L 143/15 v. 30.4.2004.

[13] Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 v. 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten („Zustellung von Schriftstücken“) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates, ABl EG Nr. L 324/79 ff. v. 10.12.2007.

Diese Regelwerke sichern nicht nur die Durchsetzung von Unterhaltsentscheidungen, sondern eröffnen den Parteien zugleich die Wahl zwischen verschiedenen Gerichtsständen. Nach der Brüssel I-VO ist der Beklagte zum einen im Staat seines Wohnsitzes gerichtspflichtig[16]. Der Kläger kann ihn aber nach seiner Wahl auch vor dem Gericht eines anderen Mitgliedstaates verklagen, wenn der Unterhaltsberechtigte dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder wenn der Unterhalt in Zusammenhang mit einem Statusverfahren geltend gemacht wird, z.B. mit einer Ehescheidung[17]. Für die Scheidung richtet sich die internationale Zuständigkeit nach der Brüssel IIa-VO[18]. Dadurch erweitert sich die Zahl der Gerichtsstände für Unterhaltsklagen erheblich. Im Verbund mit einer Scheidung kann eine Unterhaltsklage auch am gegenwärtigen oder letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien erhoben werden, darüber hinaus unter bestimmten Voraussetzungen aber auch am gewöhnlichen Aufenthalt nur einer Partei[19].

Der Kläger kann im Rahmen dieser Vorgaben das ihm geeignet erscheinende Forum wählen. Er wählt allerdings nicht nur das Forum aus, sondern darüber hinaus zugleich auch das materielle Unterhaltsrecht, nach dem seine Klage in der Sache beurteilt wird. Denn das IPR, nach dem sich das anwendbare Recht bestimmt, wird durch die eben genannten Regelwerke nicht erfasst. Maßgeblich ist deshalb das IPR des vom Kläger gewählten Forums. Beim sogenannten *forum shopping*[20] geht es daher nicht allein um die Wahl des Gerichts, sondern auch um die Wahl des materiellen Unterhaltsrechts, das dem Kläger günstig erscheint. Diesen Effekt könnte man jedoch vermeiden, wenn das IPR überall dasselbe wäre.

14 Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 v. 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen, ABl EG Nr. L 174/1 v. 27.6.2001.

15 Richtlinie 2003/8/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung gemeinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe in derartigen Streitsachen, ABl EG 2003 Nr. L 26/41 v. 31.01.2003, berichtigt in ABl EG 2003 Nr. L 32/15 v. 7.2.2003.

16 Art. 2 I Brüssel I-VO (o. Fußn. 9).

17 Art. 5 Nr. 2 Brüssel I-VO (o. Fußn. 9).

18 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, *ABl EG 2003 Nr. L 338/1 v. 23. 12. 2003.*

19 Vgl. Art. 3 I lit. a) Brüssel IIa-VO (o. Fußn. 18) i.V.m. Art. 5 Nr. 2 Brüssel I-VO (o. Fußn. 9).

20 Vgl. dazu Nagel/Gottwald/*Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. (2007), § 1 Rdnr. 81; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 1 Rdnr. 5.

2. Internationales Privatrecht

In der europäischen Rechtswirklichkeit ist das IPR allerdings derzeit alles andere als einheitlich. Immerhin legt das Haager Übereinkommen von 1973[21] das IPR für alle familienrechtlichen Unterhaltspflichten für zehn Mitglieder der EU sowie für die Schweiz und die Türkei einheitlich und unabhängig von dem Aufenthalt oder der Staatsangehörigkeit der Beteiligten fest (*loi uniforme*). Für Belgien, Österreich und Liechtenstein gilt dagegen nur das Haager Übereinkommen von 1956[22] über den Kindesunterhalt[23]. Die übrigen europäischen Staaten sind keinem dieser Abkommen beigetreten. Hier bestimmt sich das anwendbare Unterhaltsrecht nach dem jeweiligen autonomen Recht. Beispielsweise wenden Gerichte oder Behörden in England und Wales und in Dänemark auch in grenzüberschreitenden Fällen stets ihr eigenes Unterhaltsrecht an, folgen also der *lex fori*. Gelegenheit zum *forum shopping* gibt es also derzeit reichlich.

Dieser Befund ist nicht nur für die andere Partei unerfreulich, sondern widerspricht auch dem internationalen Entscheidungseinklang als Ziel des IPR. Ein grenzüberschreitender Fall soll, in den klassischen Worten *Savignys*, „dieselbe Beurteilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urteil gesprochen werde".[24] Diese Forderung hat für die EU als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts besondere Bedeutung und bildet letztlich den Grund für ihre Kompetenz zur Angleichung des IPR (Art. 81 II lit. c) AEUV). Die EU hat sie jedoch lange Zeit vernachlässigt, nicht zuletzt im Bereich des Unterhalts.

Seit 1968 sind die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen Schritt für Schritt erleichtert und damit die Anreize für ein *forum shopping* effektiv erhöht worden. Die Angleichung des IPR hat demgegenüber vergleichsweise spät eingesetzt und erst in jüngster Zeit mit den Verordnungen Rom I[25] und Rom II[26]

---

[21] Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973, BGBl II 1986, S. 837.

[22] Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. Oktober 1956, BGBl II 1961, S. 1013.

[23] Vgl. zu den beiden Haager Abkommen,Staudinger/*Mankowski*, EGBGB/IPR, Neubearbeitung 2003, Anh. I zu Art. 18 EGBGB Rdnrn. 8 ff.; Anh. II zu Art. 18 EGBGB Rdnr. 7.

[24] *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts,. VIII, 1849, S. 27.

[25] Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl EG 2008 Nr. L 177/6 v. 4.7.2008.

[26] Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II"), ABl EG 2007 Nr. L 199/40 v. 31.7.2007.

einen deutlichen Schub erhalten. Sie regeln freilich nur das vertragliche und außervertragliche Schuldrecht.

Vor diesem Hintergrund ist nun das kommende Recht zu betrachten und zu würdigen.

III. Die EU-UnterhaltsVO[27]

Die Rechtslage für grenzüberschreitende Unterhaltsfälle wird sich mit dem 18. Juni 2011 einschneidend ändern. Dann tritt die UnterhaltsVO der EU in Kraft[28]. Sie regelt das Internationale Unterhaltsverfahren sowie die Rechtshilfe zwischen den Mitgliedstaaten und ersetzt die bisher einschlägigen Regelungen des Gemeinschaftsrechts, namentlich die Brüssel I-VO und die Vollstreckungstitel-VO. Irland und das Vereinigte Königreich haben für die UnterhaltsVO optiert[29]. Für Dänemark gilt sie aufgrund des einschlägigen Abkommens, soweit sie die Brüssel I-VO ersetzt, also ohne das Kapitel VII über die Zusammenarbeit der zentralen Behörden, also ohne die Rechtshilfe[30].

Das erklärte Ziel der UnterhaltsVO ist, die Durchsetzung von Unterhaltsforderungen noch weiter zu vereinfachen und zu beschleunigen[31]. Deshalb sollen Unterhaltsentscheidungen in einem anderen Mitgliedstaat automatisch und ohne weiteres Verfahren vollstreckt werden können. Das bisherige Verfahren der Vollstreckbarerklärung (*Exequatur*) wird vollständig abgeschafft[32]. Die Vollstreckung kann zudem nur noch verweigert werden, wenn die Unterhaltsentscheidung mit

---

27 Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (o. Fußn. 2).

28 Art. 75 EU-UnterhaltsVO (o. Fußn. 2).

29 Zur Position Irlands siehe Erwägungsgrund (46) EU-UnterhaltsVO (o. Fußn. 2). Den Wunsch zur Annahme der EU-UnterhaltsVO (o. Fußn. 2) hat das Vereinigte Königreich mit Schreiben v. 15. Januar 2009 erklärt. Nach der Entscheidung der Kommission 2009/451/EG v. 8. Juni 2009 (ABl EG 2009 Nr. L 149/73 v. 12.6.2009) tritt die Verordnung für das Vereinigte Königreich zur gleichen Zeit wie für die übrigen Mitgliedstaaten in Kraft.

30 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl EG 2005 Nr. L 299/62 v. 16.11.2005.

31 Erwägungsgrund (22) EU-UnterhaltsVO (o. Fußn. 2).

32 Erwägungsgründe (9) und (24) EU-UnterhaltsVO (o. Fußn. 2); *Kohler/Pintens*, FamRZ 2009, 1529 (1530).

einer anderen Entscheidung unvereinbar ist[33]. Selbst ein Verstoß gegen den *ordre public* des Vollstreckungsstaates hindert die Vollstreckung daher künftig nicht mehr[34].

Beides setzt jedoch voraus, dass der Urteilsstaat an das Haager Unterhaltsprotokoll gebunden ist[35]. Die Geltung des einheitlichen IPR wird damit zur Voraussetzung für die erleichterte prozessuale Durchsetzung der Entscheidung. Die Erwägungsgründe zur UnterhaltsVO sehen in einem einheitlichen IPR eine Garantie, die den Ausschluss des Exequaturverfahrens und das Verbot jeder inhaltlichen Nachprüfung durch den Vollstreckungsstaat, einschließlich der Nachprüfung auf die Einhaltung seines *ordre public*, rechtfertige[36].

Diese Begründung ist zu Recht kritisiert worden[37]. Anerkennung und Vollstreckung hängen in erster Linie von der Einhaltung verfahrensrechtlicher Garantien ab, nicht von der Anwendung eines bestimmten Kollisionsrechts. Auch ein Verstoß gegen den materiellrechtlichen *ordre public* des Vollstreckungsstaates wird durch ein einheitliches Kollisionsrecht nicht verhindert. Gleichwohl gibt es einen guten Grund, weshalb die VO die Vereinfachung und Erleichterung der grenzüberschreitenden Vollstreckung von der Geltung des einheitlichen IPR abhängig macht: Der Anreiz für ein *forum shopping* aus materiell-rechtlichen Gründen wird umso größer, je effektiver die grenzüberschreitende Durchsetzung funktioniert. Mit einem einheitlichen IPR wird dieser Anreiz jedoch praktisch beseitigt. Hierin liegt eine deutliche Verbesserung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand.

IV. Das Haager Protokoll von 2007[38]

Aus Sicht der UnterhaltsVO ist das Haager Protokoll ein Mittel zum Zweck: Es schafft die Voraussetzung für die weitere Vereinfachung der Anerkennung und Vollstreckung einer Unterhaltsentscheidung[39]. Art. 15 UnterhaltsVO inkorporiert aber nun nicht etwa das Haager Protokoll in das Gemeinschaftsrecht, sondern stellt nur deklaratorisch fest, dass sich das anwendbare Recht nach dessen Regeln

33 Art. 21 II S. 2 EU-UnterhaltsVO (o. Fußn. 2).
34 Rauscher/*Andrae*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Kommentar, IV, 3. Aufl. (2010), Art. 21 EG-UntVO Rdnr. 37.
35 Vgl. Art. 16 II EU-UnterhaltsVO (o. Fußn. 2).
36 Erwägungsgrund (24) EU-UnterhaltsVO (o. Fußn. 2).
37 *Kohler/Pintens*, FamRZ 2009, 1529 (1530).
38 Haager Protokoll 2007 (o. Fußn. 1).
39 Siehe oben unter III.

bestimmt, wenn der Urteilsstaat an das Protokoll gebunden ist[40]. Der Grund für die Geltung des Protokolls liegt also außerhalb der UnterhaltsVO.

Aus internationaler Sicht bildet das Protokoll das Parallelabkommen zum Haager Unterhaltsübereinkommen von 2007[41]. Dieses betrifft im Kern die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über Kindes- und Ehegattenunterhalt sowie die Zusammenarbeit zwischen den Vertragsstaaten. Für die EU kann dieses Übereinkommen wegen des Vorrangs der UnterhaltsVO nur im Verhältnis zu Drittstaaten Bedeutung erlangen.

Vor diesem Hintergrund ist zu betonen, dass das Haager Protokoll, ungeachtet seines Namens, weder ein Annex zur UnterhaltsVO noch zum Haager Unterhaltsübereinkommen ist, sondern ein eigenständiges völkerrechtliches Abkommen. Als solches tritt es erst in Kraft, wenn es von mindestens zwei Staaten ratifiziert worden ist[42]. Die EU hat es ratifiziert, eine zweite Ratifikation ist derzeit noch nicht erfolgt. Die EU hat jedoch erklärt, dass sie das Protokoll ab dem 18. Juni 2011 gegebenenfalls vorläufig anwenden wird[43].

Allerdings erstreckt sich der Beitritt der EU zum Haager Protokoll zwar auf Irland, nicht aber auf das Vereinigte Königreich (dort gilt also nur die UnterhaltsVO) und Dänemark (dort gilt also nur die UnterhaltsVO ohne das Kapitel VII über die Rechtshilfe)[44].

---

40 *Gruber*, IPrax 2010, 128 (129), dort Fußn. 8;Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Art. 15 EG-UntVO Rdnr. 14.

41 *Gruber*, in: Festschrift für Ulrich Spellenberg, 2010, S. 177, (178);Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Einl HUntStProt Rdnr. 6.

42 Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Einl HUntStProt Rdnr. 5.

43 Beschluss des Rates vom 30. November 2009 über den Abschluss des Haager Protokolls vom 23.11.2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht durch die Europäische Gemeinschaft, ABl EG 2009 Nr. L 331/17 f., Art. 4.

44 Beschluss des Rates vom 30.11.2009 über den Abschluss des Haager Protokolls vom 23.11.2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht durch die Europäische Gemeinschaft , ABl EG 2009 Nr. L 331/17 f., Art. 3.

V. Die Bedeutung der UnterhaltsVO und des Haager Protokolls für das Europäische Unterhaltsrecht

1. Die Stellung von UnterhaltsVO und Haager Protokoll im Recht der Europäischen Union

Die Frage nach der Rechtsqualität der UnterhaltsVO ist schnell beantwortet. Sie ist als Verordnung nach Art. 288 II AEUV unmittelbar verbindlich und bedarf keines Umsetzungsaktes durch die Mitgliedstaaten.

Demgegenüber ist das Haager Protokoll ein völkerrechtlicher Vertrag. Zwar verweist die UnterhaltsVO in ihrem Art. 15 hinsichtlich des anwendbaren Rechts auf das Haager Protokoll, doch ist das keine eigenständige Regelung im Sinne einer Inkorporation des Haager Protokolls in die Verordnung, sondern lediglich ein deklaratorischer Hinweis darauf, dass sich das anwendbare Recht nach dem Haager Protokoll bestimmt, wenn ein Mitgliedstaat daran gebunden ist[45]. Ob das Haager Protokoll gilt, ergibt sich also nicht aus Art. 15 UnterhaltsVO, sondern bestimmt sich allein danach, ob ein Mitgliedstaat diesem völkerrechtlichen Vertrag beigetreten ist.

Beigetreten sind nun nicht die Mitgliedstaaten, sondern die EU. Sie hat die Außenkompetenz im Bereich des internationalen Unterhaltsrechts an sich gezogen und das Haager Protokoll ratifiziert. Als völkerrechtlicher Vertrag verpflichtet das Haager Protokoll die EU völkerrechtlich, das einheitliche IPR in der Union anzuwenden[46]. Nach dem Gemeinschaftsrecht müssen solche völkerrechtlichen Verträge nicht gesondert umgesetzt werden, sondern werden unmittelbar in das Gemeinschaftsrecht inkorporiert[47]. Das mit dem Protokoll geschaffene IPR wird damit Bestandteil des Gemeinschaftsrechts mit allen damit verbundenen Folgen: Es ist unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht und bedarf keines Umsetzungsaktes, weder durch die Gemeinschaft, noch durch die Mitgliedstaaten. Der *EuGH* hat im Wege der Vorabentscheidung über dessen Auslegung zu entscheiden[48]. Es gelten die Grundsätze zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, usw. Man wird wohl davon ausgehen müssen, dass dies nicht erst mit dem völkerrechtlichen Inkrafttreten des Protokolls eintritt, sondern aufgrund des entsprechenden Ratsbeschlusses bereits mit der Anwendung des Protokolls innerhalb der EU.

---

45 Siehe oben unter IV.

46 Art. 20 Haager Protokoll 2007 (o. Fußn. 1).

47 Art. 216 Abs. 2 AEUV, hierzu Geiger/Khan/Kotzur/*Khan*, EUV/AEUV, 5. Aufl. (2010), Art. 216 AEUV Rdnrn. 17 ff.

48 Art. 267 AEUV.

2. Der Anwendungsbereich von UnterhaltsVO und Haager Protokoll

UnterhaltsVO und Protokoll umschreiben ihren Anwendungsbereich fast gleichlautend. Diese Übereinstimmung ist gewollt. Der Verordnungsgeber hat sich wegen der Verweisung auf das Protokoll in Art. 15 UnterhaltsVO an die Umschreibung des Anwendungsbereichs des Protokolls angelehnt[49].

Allerdings ist der Wortlaut doch nicht ganz identisch. Die UnterhaltsVO ist anwendbar auf alle Unterhaltspflichten aus einem Familien-, Verwandtschafts- oder eherechtlichen Verhältnis oder aus Schwägerschaft[50]. Das Protokoll nennt darüber hinaus die „Unterhaltspflichten gegenüber einem Kind, ungeachtet des Familienstands seiner Eltern“[51]. Es steht jedoch außer Frage, dass auch die UnterhaltsVO die Unterhaltspflichten gegenüber nichtehelichen Kindern erfasst, und zwar unabhängig davon, ob ein vollständiges Eltern-Kind-Verhältnis besteht oder sich das Verhältnis auf die Unterhaltspflicht (Zahlvaterschaft) beschränkt[52]. Die Anwendungsbereiche von UnterhaltsVO und Protokoll stimmen daher trotz der leicht unterschiedlichen Formulierung in der Sache überein.

UnterhaltsVO und Protokoll sind anwendbar auf alle Unterhaltspflichten aus Familienbeziehungen, und zwar unabhängig davon, ob die Parteien Angehörige eines Vertragsstaates bzw. der EU sind oder dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben[53]. Die Anwendung des Protokolls ist darüber hinaus auch unabhängig davon, welches Unterhaltsrecht zur Anwendung berufen wird (*loi uniforme*)[54].

Dies hat weitreichende Konsequenzen für das IZVR und das IPR der Mitgliedstaaten: Soweit UnterhaltsVO und Protokoll sachlich anwendbar sind, wird das jeweilige autonome Recht der Mitgliedstaaten ohne Weiteres verdrängt. Die Bestimmung des Anwendungsbereichs ist daher von entscheidender Bedeutung.

---

49 Erwägungsgrund (20) EU-UnterhaltsVO (o. Fußn. 2); Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Art. 1 EG-UntVO Rdnr. 1.

50 Art. 1 I EU-UnterhaltsVO (o. Fußn. 2).

51 Art. 1 I Haager Protokoll 2007 (o. Fußn. 1).

52 Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Art. 1 EG-UntVO Rdnr. 7.

53 Art. 1 I Haager Protokoll 2007 (o. Fußn. 1) sowie Art. 1 Abs.1 EU-UnterhaltsVO (o. Fußn. 2). Zur EU-UnterhaltsVO *Kohler/Pintens*, FamRZ 2009, 1529 (1530).

54 Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Einl HUntStProt 2007 Rdnrn. 13.

a) Autonome Auslegung

Der Anwendungsbereich muss einheitlich bestimmt werden, nicht nur wegen des Gebots der international einheitlichen Auslegung in Art. 20 des Protokolls, sondern auch weil UnterhaltsVO und Protokoll Bestandteile des Gemeinschaftsrechts sind[55]. Die maßgeblichen Begriffe der Unterhaltspflicht, der Familienbeziehung usw. müssen daher autonom ausgelegt werden. Neben Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte sind dabei vor allem der Zweck der UnterhaltsVO und des Protokolls und ihre Bedeutung im Europäischen Unterhaltsrecht zu berücksichtigen. Entgegen mancher Stimmen in der Literatur[56] ist daher eine Qualifikation nach der *lex fori* für UnterhaltsVO und Haager Protokoll generell abzulehnen, auch in der Spielart der Doppelqualifikation, die z.T. zu den älteren Haager Abkommen vertreten wurde[57].

Die einschlägigen Erwägungen und Materialien sind jedoch nicht leicht zu finden. Der EU-Verordnungsgeber hat sich am Haager Protokoll orientiert, das seinerseits im Kontext der Haager Übereinkommen zum IZVR und zum IPR des Unterhalts steht. Immerhin gibt es einen erläuternden Bericht zum Haager Protokoll[58], auf den man hier zurückgreifen kann.

b) Unterhalt

Für die Qualifikation eines Anspruchs als „Unterhalt" ist allein seine Funktion entscheidend, den Lebensunterhalt des Berechtigten zu decken[59]. Auf seine Ausgestaltung und Einordnung im nationalen Recht kommt es nicht an. Unterhaltsrechtlich zu qualifizieren sind daher z.B. der Ausgleichsanspruch des Ehegatten im französischen Recht (*prestation compensatoire*) oder die „financial orders" eines englischen Gerichts bei der Scheidung, wenn sie den Lebensbedarf des geschiedenen

---

55 Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Art. 15 EG-UntVO Rdnrn. 22 ff., Art. 20 HUntStProt 2007 Rdnr. 1.

56 Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Art. 1 EG-UntVO Rdnrn. 16 ff. für die „Familienbeziehung".

57 Hierzu Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Art. 1 HUntStProt 2007 Rdnr. 11.

58 *Bonomi*, Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, Rapport explicatif, abrufbar unter: http://hcch.e-vision.nl/upload/expl39f.pdf.

59 Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Art. 1 EG-UntVO Rdnr. 23; Art. 1 HUntStProt 2007 Rdnr. 10.

Ehegatten decken sollen, selbst wenn dies in Form eines Pauschalbetrags geschieht[60].

c) Grundlage der Unterhaltspflicht

Ebenso autonom zu qualifizieren sind die Begriffe Familienbeziehung, Ehe usw., mit denen Art. 1 I UnterhaltsVO bzw. Art. 1 I Protokoll, die Grundlage der erfassten Unterhaltspflichten beschreiben[61]. Art. 1 II Protokoll verdeutlicht darüber hinaus, dass diese familienrechtlichen Beziehungen als solche nicht erfasst sind, sondern lediglich die daraus entstehenden Unterhaltspflichten[62]. Art. 1 I UnterhaltsVO und Art. 1 I Protokoll grenzen also lediglich die Unterhaltsansprüche aus den dort genannten Familienbeziehungen von Unterhaltsansprüchen aus anderen Rechtsgründen ab. Sie erfassen nämlich Unterhaltsrenten als Schadensersatz aus unerlaubter Handlung ebenso wenig wie die Leibrente als Gegenleistung aus einem Kauf- oder Übergabevertrag.

Keine Rolle spielt, ob ein Vertragsstaat eine bestimmte Familienbeziehung in seinem eigenen Recht anerkennt oder ob er selbst Unterhaltsansprüche an sie knüpft. Unterhaltsansprüche des nichtehelichen Kindes schließt Art. 1 I Protokoll deshalb ausdrücklich ein, gleichgültig ob der in Anspruch genommene aus Sicht eines Mitgliedstaates rechtlich mit dem Kind verwandt oder nur „Zahlvater“ ist. Dasselbe gilt für die UnterhaltsVO[63], obwohl man diesen bekräftigenden Zusatz des Protokolls nicht übernommen hat.

Des Weiteren lässt sich den Beratungen zum Protokoll entnehmen, dass die „Familienbeziehung“ nicht nur die genannten Statusverhältnisse Ehe, Verwandtschaft oder Schwägerschaft zusammenfassen soll, sondern eine eigenständige Bedeutung hat[64]. UnterhaltsVO und Protokoll sind demgemäß nicht nur auf Unterhaltsansprüche aus den ausdrücklich genannten Statusverhältnissen Ehe, Verwandtschaft oder Schwägerschaft anwendbar, sondern erfassen alle Unterhaltsansprüche aus einer personalen Beziehung[65]. Verlangt nach dem Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein Partner von dem anderen Unterhalt, sind daher Unter-

[60] Ebenso Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Art. 1 EG-UntVO Rdnr. 23.
[61] Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Art. 1 HUntStProt 2007 Rdnr. 3; Art. 1 EG-UntVO Rdnr. 15 (jedoch nicht für die „Familienbeziehung“).
[62] *Bonomi* (o. Fußn. 58), Rdnr. 33.
[63] Siehe oben unter V. 2.
[64] *Bonomi* (o. Fußn. 58), Rdnr. 29.
[65] Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Art. 1 EG-UntVO Rdnrn. 9 ff.

haltsVO und Protokoll anwendbar. Ob der Unterhaltsanspruch tatsächlich besteht, entscheidet dann das vom Protokoll berufene Recht[66].

Folgt man diesem Ansatz, muss dasselbe für gleichgeschlechtliche Ehen und Partnerschaften gelten. Auch hier schweigen die Erwägungen zur UnterhaltsVO. Man ist also wieder auf die Materialien zum Protokoll verwiesen. Allerdings lässt sich ihnen entnehmen, dass man es den Vertragsstaaten überlassen wollte, ob sie das Protokoll auch auf diese Familienbeziehungen anwenden[67]. Völkerrechtlich ist die EU daher frei, sich dafür oder dagegen zu entscheiden. Das Problem liegt darin, dass es hierzu keine ausdrückliche Entscheidung der EU gibt. Die UnterhaltsVO übernimmt die Umschreibung des Anwendungsbereichs aus dem Haager Protokoll, ohne dass sich die Erwägungsgründe zu dieser Frage äußern. Der Schluss, nun stehe es jedem Mitgliedstaat frei, sich selbst für oder gegen die Anwendung des Protokolls (und der UnterhaltsVO) auf diese Unterhaltsansprüche zu entscheiden[68], ist jedoch verfehlt. Der Anwendungsbereich muss innerhalb der EU einheitlich und daher autonom bestimmt werden. Berücksichtigt man das Ziel, das mit UnterhaltsVO und Protokoll verfolgt wird, nämlich eine Gleichbehandlung aller Unterhaltsansprüche aus Familienbeziehungen[69], liegt die Antwort auf der Hand: Innerhalb der EU unterfallen Unterhaltsansprüche aus gleichgeschlechtlichen Ehen und Partnerschaften sowohl der UnterhaltsVO als auch dem Protokoll.

VI. Ausblick: Zur Renaissance des IPR im Europäischen Unterhaltsrecht

Das neue Europäische Unterhaltsrecht lässt sich, wie die vorstehenden Überlegungen zum Anwendungsbereich zeigen, nur im Zusammenspiel von UnterhaltsVO und Haager Protokoll angemessen erfassen. Es ist eine besondere Errungenschaft, dass die weitere Angleichung des internationalen Verfahrensrechts und des IPR dieses Mal gleichzeitig stattgefunden hat. Denn ein einheitliches Europäisches

---

66 Ein Unterhaltsanspruch besteht beispielsweise in Schottland, Slowenien, in einigen autonomen Regionen Spaniens (Katalonien, Aragon, Navarra, Asturien, Kanaren) und in der Ukraine. Siehe hierzu Kroppenberg/Schwab/Henrich/Gottwald/Spickhoff/*Henrich*, Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben, 2009, S. 329 ff. sowie die jeweiligen Länderberichte, ebenda.

67 *Bonomi* (o. Fußn. 58), Rdnr. 31; *ders.*, YB PIL 2008, 333 (339) ; Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Art. 1 HUntStProt 2007 Rdnr. 7.

68 Rauscher/*Andrae* (o. Fußn. 34), Art. 1 EG-UntVO Rdnr. 16 ff.

69 Vgl. Erwägungsgrund (11) EU-UnterhaltsVO (o. Fußn. 2).

Unterhaltsrecht, das die erheblichen Rechtsunterschiede zwischen den nationalen Unterhaltsrechten beseitigen würde, wird noch lange eine Utopie bleiben. Kollisionsrecht ist und bleibt daher notwendig. Mit dem Haager Protokoll wird das IPR für Unterhaltsansprüche in fast allen EU-Staaten vereinheitlicht, und zwar unabhängig davon, ob die Parteien Angehörige der EU sind oder dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und welches Recht letztlich zur Anwendung berufen wird (*loi uniforme*). Innerhalb dieses Rechtsraums entfallen die bisher vorhandenen Anreize für ein materiell-rechtlich motiviertes *forum shopping*.

Der gewählte Weg des Beitritts der EU zum Haager Protokoll anstelle einer eigenständigen Regelung innerhalb der EU eröffnet darüber hinaus die Chance, dass andere europäische Staaten, die nicht der EU angehören, dem Protokoll beitreten werden. Durch das abgestimmte Vorgehen von EU und Haager Konferenz wird nicht nur das IPR des Unterhalts innerhalb der EU vereinheitlicht. Es besteht vielmehr die Aussicht, einer internationalen Lösung und damit dem großen Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs[70] näher zu kommen.

Literatur

Bonomi, *Andrea* The Hague Protocol of 23 november 2007 on the law applicable to maintenance obligations, Yearbook of PIL, Volume 10 (2008), S. 333-357

Geiger, Rudolf / Khan, Daniel-Erasmus/Kotzur, Markus (Hrsg.) EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, 5. Auflage, München 2010

Gruber, *Urs Peter* Das Haager Protokoll zum internationalen Unterhaltsrecht, in: Festschrift für Ulrich Spellenberg, S. 177-193, München 2010

Gruber, *Urs Peter* Die neue EG-Unterhaltsverordnung, IPrax 2010, 128-139

Kohler, *Christian* / *Pintens*, *Walter* Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2008-2009, FamRZ 2009, 1529-1534

Kroppenberg, Inge / Schwab, Dieter / Henrich, Dieter / Gottwald, Peter / Spickhoff, Andreas (Hrsg.) Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben, Bielefeld 2009

[70] Dieses Ziel hat *Savigny* in klassischer Weise formuliert (s. oben unter II. 2.).

Nagel, Heinrich / Gottwald, Peter Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Köln 2007

Rauscher, Thomas (Hrsg.) Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, EuZPR/EuIPR, Brüssel IIa-VO, EG-UntVO, EG-ErbVO-E, HUntStProt 2007, Kommentar, Band 4, 3. Auflage, München 2010

von Savigny, *Friedrich Carl* System des heutigen Römischen Rechts, Band VIII, Berlin 1849

von Staudinger, Julius (Hrsg.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Art. 18 EGBGB, Anhang I-III zu Art. 18 EGBGB, Vorbem. A-B zu Art. 19 EGBGB (Internationales Unterhaltsrecht, Internationales Kindschaftsrecht 1), Berlin 2003

Steffen Pabst

Die unbestrittene Forderung der EG-VollstrTitelVO

I. Problemaufriss

Nachdem der europäische Gesetzgeber mit dem Vertrag von Amsterdam die Rechtsetzungskompetenz für das Europäische Zivilverfahrensrecht erhielt, wurde im Zusammenhang mit dem Aufbau eines einheitlichen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts das politische Ziel formuliert, Urteile innerhalb der Union frei zirkulieren zu lassen. Bereits bei der Diskussion um eine Reform des Brüsseler Übereinkommens wurde über die Möglichkeit der Abschaffung des Exequaturverfahrens diskutiert[1]. Mit dem Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen[2] wurde als langfristiges Ziel („Dritte Stufe“) die Ab-

---

1 *Europäische Kommission*, 26.11.1997, COM (1997) 609, Nr. 9.

2 *Rat der Europäischen Union*, Abl. EG 2001 Nr. C 12/1. Ausweislich der Berichtigung Abl. EG 2001 Nr. C 115/4 sollte es sich hierbei allein um den Entwurf eines Maßnahmenprogramms handeln; eine endgültige Fassung wurde jedoch nie veröffentlicht, stattdessen bezog man sich im Folgenden stets auf diese Erste.

schaffung jeglicher Exequaturverfahren gefordert; kurzfristig wollte man dies für den Bereich der unbestrittenen Forderungen als Pilotprojekt („Erste Stufe“) umsetzen[3]. Vollstreckungstitel über unbestrittene Forderungen sollen unmittelbar in allen anderen Mitgliedstaaten vollstreckt werden können.

Zum Start dieses Pilotprojekts verabschiedeten der Rat der Europäischen Union und das Europäische Parlament im Frühjahr 2004 die Verordnung (EG) Nr. 805/2004 zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen[4] (EG-VollstrTitelVO). Hierbei kam im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen erstmals das Mitentscheidungsverfahren zur Anwendung, bei dem im Rat keine Einstimmigkeit mehr erforderlich ist. Die Verabschiedung erfolgte sodann auch gegen die Stimme der Niederlande[5].

Um bestimmen zu können, bei welchen Titeln der Gläubiger nunmehr von der unmittelbaren Vollstreckung in allen Mitgliedstaaten profitieren kann, wann er mithin auf ein Exequaturverfahren im Vollstreckungsstaat verzichten kann, muss insbesondere der sachliche Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO definiert werden. Dieser wird im ersten Schritt durch Art. 2 EG-VollstrTitelVO identisch zu dem der Brüssel I-VO (dort Art. 1) beschrieben. Bereits der Titel der Verordnung macht jedoch deutlich, dass allein ein Ausschnitt hieraus in den Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO fallen soll: Die Verordnung will sich auf „unbestrittene Forderungen“ beschränken. Die dazugehörige Regelung findet sich in Art. 3 I S. 1 EG-VollstrTitelVO, der in einem zweiten Schritt den zunächst von Art. 2 EG-VollstrTitelVO weit definierten sachlichen Anwendungsbereich auf unbestrittene Forderungen einschränkt. Zu klären ist daher, wann eine solche unbestrittene Forderung im Sinne der EG-VollstrTitelVO vorliegt.

II. Begriff der Forderung

Es soll daher ermittelt werden, wie der Begriff der Forderung im Sinne der EG-VollstrTitelVO zu verstehen ist. Unter Forderung werden grundsätzlich die auf einem Schuldverhältnis beruhenden Ansprüche mit Vermögenswert verstanden[6].

---

[3] Abl. EG 2001 Nr. C 12/1, 7

[4] Abl. EU 2004 Nr. L 143/15

[5] Fasching/*Rechberger,* Vor Art. 1 EG-VollstrTitelVO Rn. 2; *Stein,* IPRax 2004, 181 (182); *Wagner,* IPRax 2005, 189 (190) Fußn. 16.

[6] Siehe nur *Esser/Schmidt,* § 5 I 2.

Auch die Verordnung setzt einen derart weiten Begriff voraus, will aber daraus allein einen Ausschnitt erfassen.

1. Geldforderung

Dies macht Art. 4 Nr. 2 EG-VollstrTitelVO deutlich. Forderung im Sinne der VO sollen allein Forderungen auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme sein. Auch wenn dies die *in praxi* durchaus wichtigste Gattung von Forderungen darstellt, liegt hierin doch eine entscheidende Einschränkung des Anwendungsbereichs der EG-VollstrTitelVO. Unbestrittene Sachleistungsansprüche, insbesondere Herausgabeansprüche und Ansprüche auf Lieferung werden nicht erfasst[7]. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn diese weitgehende Einschränkung für den Rechtsanwender deutlicher, unter Umständen bereits im Verordnungstitel eingestellt worden wäre[8]. Einen entsprechenden Hinweis erhielt die Kommission bereits während des Verordnungsgebungsverfahrens[9], ausgewirkt hat sich dies auf den endgültigen Verordnungstext nicht. Die Definition in Art. 4 Nr. 2 EG-VollstrTitelVO blieb die einzige Stelle, aus der sich die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Geldforderungen ergibt. Die Höhe der Forderung ist dagegen ohne Bedeutung; eine Ober- bzw. Untergrenze wird nicht gesetzt[10].

2. Bestimmte Geldforderungen

Erfasst werden nach Art. 4 Nr. 2 EG-VollstrTitelVO allein „bestimmte" Geldforderungen. Eine numerische Bezifferung ist damit selbstverständlich ausreichend, aber nicht notwendig. In die andere Richtung ist die Grenze zur bloßen Bestimmbarkeit zu ziehen, was als nicht mehr genügend angesehen werden muss.

Die Forderung ist bestimmt und somit in den Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO einbezogen, wenn sie sich allein aus den im Titel angegebenen Prozeduren errechnen lässt[11]. So genügt es, Zinsforderungen als Prozentsatz oder

---

7 Rauscher/*Pabst*, EuZPR/EuIPR (2010) Art. 4 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 8; *Adolphsen* in MünchKommZPO*,* Vor §§ 1079 ff. ZPO Rdnr. 23; *Boschiero,* Riv dir int 2003, 394 (414 f.).

8 Ebenso *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag, S. 2.

9 Siehe *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag, S. 2.

10 *Europäische Kommission*, 18.4.2002, COM (2002) 159, S. 5 (Forderung); Rauscher/*Pabst* (o. Fußn. 7), Rdnr. 13.

11 *Leible/Freitag*, Forderungsbeitreibung in der EU, 2008 § 5 Rdnr. 18; Rauscher/*Pabst* (o. Fußn. 7), Rdnr. 10; a.A. Thomas/Putzo/*Hüßtege* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 2;

als Prozentpunkte über dem Basiszins der EZB anzugeben[12]. Ausreichend und gleichzeitig erforderlich muss dabei sein, dass für die Berechnung der Forderung der Titel genügt. Allein mit ihm muss der Schuldner zu einer konkreten Bezifferung gelangen können. Nur dann ist es auch dem ausländischen Schuldner unproblematisch möglich, die Reichweite der gegen ihn geltend gemachten Ansprüche zu erkennen.

Liegen die Umstände zur Bestimmung der Forderung außerhalb des Titels, müssen insbesondere für die Berechnung der Forderung nationale Rechtsnormen herangezogen werden, deren Inhalt nicht im Titel selbst ersichtlich ist, so ist die Forderung allein bestimmbar, nicht jedoch bestimmt[13]. Sie ist daher dem Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO entzogen. Eine Konkretisierung in dem im Ursprungsmitgliedstaat stattfindenden Bestätigungsverfahren ist aufgrund der Formalisierung der Verfahrens- und Prüfungsschritte, welche auch in den zu verwendenden Formblättern niedergelegt sind, nicht vorgesehen[14]. Zudem kann der Anwendungsbereich der Verordnung nicht davon abhängen, ob in dem bei Anwendung der Verordnung vorgesehenen Verfahren eine Bestimmung bzw. Konkretisierung der Forderung gelingt oder nicht.

Das nationale Recht kann jedoch vor Einleitung des Bestätigungsverfahrens Zwischenschritte vorsehen, die aus einer derartig unbestimmten Forderung eine bestimmte werden lassen. Nach der Durchführung eines solchen Zwischenverfahrens kann mithin eine bestimmte Forderung vorliegen, so dass nunmehr der Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO eröffnet ist.

Dies soll an zwei konkreten Problemfeldern verdeutlicht werden.

Fasching/*Rechberger* Art. 4 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 3; Burgstaller/Neumayr/*Höllwerth* Art. 4 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 8 die allein bezifferte Forderungen genügen lassen.

12 Hierfür spricht auch, dass die Formblätter ausdrücklich Zinsen in Prozent vorsehen: Anhang I (Nr. 5.2.), Anhang II (Nr. 5.2.), Anhang III (Nr. 5.2.) und Anhang V (Nr. 3.2.) zur EG-VollstrTitelVO.

13 *Leible/Freitag*, Forderungsbeitreibung in der EU, 2008, § 5 Rdnr. 18; *Jennissen,* InVO 2006, 218 (221).

14 A.A. *Rellermeyer,* Rpfleger 2005, 389 (392); *Heringer,* S. 59, die eine Konkretisierung im Bestätigungsverfahren für möglich erachten; *Schlosser,* Art. 4 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 3, der den titulierten „gesetzlichen Zins“ als bestimmt erachtet.

a) Dynamisierte Unterhaltstitel

Kindesunterhalt kann nach § 1612a BGB derart ausgeurteilt werden, dass er als Vomhundertsatz des sächlichen Existenzminimums eines Kindes (Kinderfreibetrag) nach § 32 VI S. 1 EStG festgesetzt wird. Der Titel ist dann entsprechend dem vorgenannten nicht als „bestimmt" im Sinne von Art. 4 Nr. 2 EG-VollstrTitelVO anzusehen. Für die konkrete Berechnung des Unterhaltsanspruchs muss § 32 VI S. 1 EstG herangezogen werden. Das darin genannte Existenzminimum des Kindes basiert auf dem Existenzminimumbericht, der von der Bundesregierung alle zwei Jahre erstellt wird. Nach diesem Bericht erfolgt jeweils eine entsprechende Anpassung von § 32 VI S. 1 EStG. Sinn und Zweck des so ausgeurteilten Unterhalts ist eine Dynamisierung der Forderung. Sie wird damit entsprechend flexibel und passt sich den jeweiligen Lebensumständen an. Im Gegenzug ist sie aber allein bestimmbar, nicht jedoch allein im Titel ausreichend bestimmt im Sinne des Art. 4 Nr. 2 EG-VollstrTitelVO.

Deutschland scheiterte seinerzeit im Rat mit dem Versuch[15], derartig dynamisierte Forderungen in den Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO mit einzubeziehen. Mit dem Erlass notwendiger Ausführungsbestimmungen zur Verordnung führte der deutsche Gesetzgeber daher die Möglichkeit der Bezifferung entsprechend dynamisierter Unterhaltstitel ein (§ 790 ZPO a.F., heute § 245 FamFG). Im Anschluss ist die Forderung zweifelsfrei aus dem Titel heraus bestimmt; die Anforderungen des Art. 4 Nr. 2 EG-VollstrTitelVO sind sodann erfüllt.

b) Dynamischer gesetzlicher Zinssatz

Eine vergleichbare Situation entsteht bei nach deutschem Recht dynamisierten Zinsentscheidungen. Wird die Zinshöhe dynamisch unter Verweis auf den jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 BGB festgesetzt, so ist die Forderung nicht allein aus dem Titel heraus zu bestimmen; es bedarf der Heranziehung des nationalen Rechts für die Berechnung. Zu beachten ist, dass der in § 247 BGB genannte Zinssatz verschieden ist von dem auch in den Anhängen der EG-VollstrTitelVO genutzten Basiszins der EZB. Der BGB-Basiszinssatz beträgt, solange die Bezugs-

15 *Rat der Europäischen Union*, Vermerk der Deutschen Delegation, 17.10.2002, 13218/02.

größe und der Anpassungszeitraum in § 247 BGB nicht geändert werden, stets 0,88 Prozentpunkte weniger als der EZB-Basiszinssatz[16].

Eine ausdrückliche Bezifferungsmöglichkeit wurde vom deutschen Gesetzgeber hier nicht vorgesehen. Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass der deutsche Gesetzgeber hier anders als bei den Unterhaltstiteln den allgemeinen Ausschluss aus dem Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO wollte. Vielmehr wird der Gesetzgeber übersehen haben, dass es neben Unterhaltstiteln auch andere entsprechend dynamisierte Forderungen gibt. Allein deshalb hat er die neu eingeführte Regelung des § 790 ZPO a.F., nun § 245 FamFG nicht verallgemeinert. Das damit geschaffene Bezifferungsverfahren muss aufgrund des Übersehens durch den Gesetzgeber im Wege der Analogie auf derartige Titel ausgedehnt und hier entsprechend angewandt werden[17].

III. Forderung bleibt unbestritten

Der Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO ist nur eröffnet, wenn die bestimmte Geldforderung unbestritten geblieben ist (Art. 3 I S. 1 EG-VollstrTitelVO). Die Definition der Unbestrittenheit wird dabei nicht dem Verfahrensrecht der *lex fori* überlassen, sondern verordnungsautonom von Art. 3 I S. 2 EGVollstrTitelVO vorgenommen[18]. Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden.

1. Schuldner wirkt aktiv mit

In der ersten Fallgruppe wirkt der Schuldner, indem er eine Prozesshandlung durchführt, aktiv an der Entstehung des Titels mit. Mit seinem Tätigwerden stellt er klar, dass er das Bestehen der Forderung nicht bestreitet. Dabei wird er zuvor regelmäßig durch ein Rechtspflegeorgan, sei es der Richter, der Rechtspfleger oder ein Anwalt über die Konsequenzen seines Handelns aufgeklärt[19].

---

16 Zu den Gründen Rauscher/*Pabst* (o. Fußn. 7), Rdnr. 24.
17 Ähnlich auch *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. (2006), Rdnrn. 53.97 f.
18 *Rausch,* FuR 2005, 437 (439).
19 *Heß,* NJW 2002, 2417 (2425).

Die Mitwirkung kann zum einen in dem Anerkenntnis der Forderung durch den Schuldner liegen (Art. 3 I S. 2 lit a) Alt. 1 EG-VollstrTitelVO). Unerheblich ist dabei, wann das Anerkenntnis im Verfahren erklärt wird; möglich ist dies auch erst in einem späteren Verfahrensstadium, eventuell erst in der Rechtsmittelinstanz. Es wird gerade nicht vorausgesetzt, dass die Forderung zu keiner Zeit bestritten wurde. Genügend und entscheidend ist, dass sie bei Erlass des Urteils anerkannt ist[20].

Dem ausdrücklichen Anerkenntnis im Prozess wird von Art. 3 I S. 2 lit a) Alt. 2 EG-VollstrTitelVO der gerichtliche Vergleich gleichgestellt. Auch mit diesem erkennt der Schuldner die darin titulierte Forderung ausdrücklich an. Zum einen wird der in einem Verfahren vor dem Gericht geschlossene Vergleich, der Prozessvergleich, erfasst. Eingeschlossen wird aber auch der außergerichtliche Vergleich, der von einem Gericht gebilligt wurde[21]. Billigung durch das Gericht bedeutet keine inhaltliche Einflussnahme oder Akzeptanz des Gerichts[22]. Bereits der Prozessvergleich wird weitgehend von den Parteien bestimmt und ist daher im wesentlichen vertraglicher Natur. Darüber darf beim außergerichtlichen Vergleich nicht hinausgegangen werden. Es genügt mithin die rein formelle Mitwirkung des Gerichts z.B. durch das zu Protokoll nehmen des Vergleichs[23]. Diese ist andererseits auch als minimale Mitwirkung des Gerichts notwendig[24]. Nicht erforderlich ist die Mitwirkung eines Richters; auch das Handeln des Rechtspflegers kann die gerichtliche Mitwirkung darstellen[25].

2. Schuldner bleibt passiv

In der zweiten Fallgruppe wird aus dem Verhalten des Schuldners mittelbar der Schluss gezogen, dass er die Forderung nicht bestreitet. Eine positive Äußerung des Schuldners existiert nicht.

---

20 Fasching/*Rechberger* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 5.

21 *Kropholler,* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 2; *Leible/Lehmann,* NotBZ 2004, 453 (456); *Coester-Waltjen,* in Festschr. f. Ansay, 2006, S. 47 ff. (50).

22 *Wagner,* IPRax 2005, 189 (192); *Burgstaller/Neumayr,* ÖJZ 2006, 179 (181); *Heringer,* .S 73.

23 *Leible/Lehmann,* NotBZ 2004, 453 (456).

24 *Kropholler,* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 2.

25 *Rellermeyer,* Rpfleger 2005, 389 (392); Geimer/Schütze/*Geimer*, EuZVR Art. 58 Brüssel I-VO Rdnr. 4.

a) Schuldner hat im Verfahren nicht widersprochen

Dabei kann der Schuldner der Forderung im gerichtlichen Verfahren zu keiner Zeit widersprochen haben (Art. 3 I S. 2 lit b) EG-VollstrTitelVO)[26]. Maßgeblicher abschließender Zeitpunkt für die Betrachtung des Schuldnerverhaltens ist der Erlass der gerichtlichen Entscheidung. Art. 3 II EG-VollstrTitelVO macht deutlich, dass es sich hierbei nicht um eine rechtskräftige Entscheidung handeln muss. Ein Bestreiten nach Erlass der Entscheidung hat keinen Einfluss auf die Qualifizierung der Forderung im Hinblick auf die bereits erlassene Entscheidung. Die EG-VollstrTitelVO geht hier gerade nicht von einer einheitlichen Betrachtung des Gesamtverfahrens aus, welches erst durch die rechtskräftige Entscheidung abgeschlossen wird[27].

Um die Forderung dem Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO zu entziehen muss der Schuldner im Verfahren widersprechen. Ein vor dem gerichtlichen Verfahren oder in außergerichtlicher Korrespondenz erfolgtes Bestreiten bleibt unbeachtlich[28]. Ein Mahnverfahren stellt jedoch bereits ein gerichtliches Verfahren dar, so dass ein in diesem erklärter Widerspruch genügt, um die Voraussetzungen des Art. 3 I S. 2 lit b) EG-VollstrTitelVO entfallen zu lassen[29], selbst wenn sich der Schuldner im nachfolgenden streitigen Verfahren nicht mehr äußert. Es genügt, wenn in dem Verfahren ein einmaliges Bestreiten erfolgt ist.

In welcher Art und Weise das Bestreiten prozessual vorzubringen ist, bestimmt sich nach der *lex fori*, mithin nach den Verfahrensvorschriften des Ursprungsmitgliedstaates. Diese entscheiden über besondere Anforderungen und Förmlichkei-

---

26 Deutlich hiergegen *Mankowski,* RIW 2004, 587 (588): „Nichtbeteiligung und Schweigen im Erststaat heißen eben nicht Zustimmung."

27 A.A. Fasching/*Rechberger* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 8, der die Einlegung des Rechtsmittels als Widerspruch genügen lassen will.

28 *Rauscher*, EuVollstrTitel Rdnr. 56; Fasching/*Rechberger,* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 7; *Kropholler,* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 4; Burgstaller/Neumayr/*Höllwerth,* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 13; *Schlosser,* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 4; *Rellermeyer,* Rpfleger 2005, 389 (393).

29 *Europäische Kommission*, 11.6.2003, COM (2003) 341, S. 3 (Abänderung 2); *Kropholler,* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 4.

ten ebenso[30] wie über die Frage, inwieweit ein substantiiertes Bestreiten erforderlich ist[31].

b) Schuldner erscheint nach Widerspruch nicht zum Termin

Die einmal in einem Verfahren bestrittene Forderung kann jedoch wieder zu einer unbestrittenen werden. Nach Art. 3 I S. 2 lit c) EG-VollstrTitelVO wird der Anwendungsbereich der Verordnung eröffnet, wenn es der Schuldner nach zunächst erfolgtem Bestreiten versäumt, zu einer Verhandlung zu erscheinen und dies nach der *lex fori* als stillschweigendes Zugeständnis der Forderung oder des vom Gläubiger behaupteten Sachverhaltes gewertet wird[32]..

Vorausgesetzt wird hier zweierlei: Um den Weg zurück in den Anwendungsbereich der Verordnung zu eröffnen, muss der Schuldner zum einen den Verhandlungstermin versäumen. Dem steht es gleich, wenn er in einem Anwaltsprozess ohne Rechtsanwalt und mithin postulationsunfähig erscheint[33]. Zum anderen muss die *lex fori* dieser Säumnis Geständniswirkung beimessen. Die EG-VollstrTitelVO übernimmt mit diesem Verweis auf die *lex fori* die Struktur des nationalen Verfahrensrechts. Dieses entscheidet darüber, ob der frühere Widerspruch bzw. das Bestreiten ein für allemal die Forderung als bestritten ausweist oder ob der Schuldner in einem späteren Verfahrensstadium die Konsequenz eines stillschweigenden Zugeständnisses nur durch erneutes Bestreiten vermeiden kann.

Unerheblich sind die Gründe für die Säumnis des Schuldners. Es kommt insbesondere nicht auf ein Verschulden des Schuldner für seine Säumnis an[34], da es

---

30 *Europäische Kommission*, 11.6.2003, COM (2003) 341, S. 3 (Abänderung 2); Fasching/*Rechberger* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 11; *Rauscher*, EuVollstrTitel Rdnr. 56; *Georganti,* S. 17; den Verweis auf die *lex fori* ausdrücklich bedauernd Nuyts/Watté/*Tagaras,* S. 563 (575).

31 A.A. *Rechberger/Frauenberger-Pfeiler,* Festschr. f. Fischer (2004) 399ff. (405); Nagel/Gottwald/*Gottwald,* § 12 Rdnr. 6, die stets unsubstantiiertes Bestreiten genügen lassen.

32 Die Verweisung auf die *lex fori* wurde notwendig, da einige Mitgliedstaaten eine *einmal* bestrittene Forderung unabhängig vom weiteren Prozessverlauf als stets bestritten ansehen und so an die Grenzen ihres Begriffsverständnisses für „unbestritten" stießen, *Stein,* IPRax 2004, 181 (188); *Stein,* EuZW 2004, 679.

33 *Kropholler,* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 8.

34 Ein entsprechender Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments, s. *Wuermeling, Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, Europäisches Parlament*, 26.3.2003, A5-0108/2003, S. 6 (Änderungsantrag 3), wurde nicht übernommen.

sowohl im Erkenntnis- als auch im Bestätigungsverfahren nicht möglich sein wird, bei Nichterscheinen des Schuldners dessen Gründe von Amts wegen zu ermitteln[35]. Der notwendige Schuldnerschutz wird nicht durch ein Entziehen der Forderung aus dem Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO gewahrt, sondern durch einen Mindeststandard in Art. 19 EG-VollstrTitelVO. Dieser verlangt, dass dem Schuldner bei unverschuldeter Säumnis vom nationalen Recht eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit gewährt wird. Hier kann der Schuldner sodann die Gründe für sein Nichterscheinen vortragen und anhand dieser über das Verschulden entschieden werden. Wird eine solche Wiedereinsetzungsmöglichkeit im Ursprungsmitgliedstaat nicht vorgesehen, so gilt die Forderung zwar weiter als unbestritten und verbleibt im Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO, eine Bestätigung als EuVollstrTitel kommt aber aufgrund der Nichtbeachtung der erforderlichen Mindeststandards nicht in Betracht. Jedenfalls bleibt der Schuldner aber auch dann auf das Rechtsmittel im (für ihn unter Umständen weit entfernten) Ursprungsmitgliedstaat verwiesen[36].

3. Rechtsbehelfsentscheidungen

Rechtsbehelfsentscheidungen werden von Art. 3 II EG-VollstrTitelVO unter engen Voraussetzungen in den Begriff des Titels über eine unbestrittene Forderung einbezogen. Er bewirkt insofern, dass ein durch die Einlegung des Rechtsmittels zum Ausdruck gebrachtes Bestreiten der Forderung nicht als solches gewertet werden kann. Mit Rechtsmitteln angefochtene Titel sollen dem Anwendungsbereich der VO nicht dadurch entzogen werden, dass der Schuldner lediglich das Rechtsmittel einlegt, sich sodann aber erneut und weiterhin passiv verhält[37].

Vorausgesetzt wird, dass zunächst eine Entscheidung ergangen ist und diese bereits als EuVollstrTitel bestätigt worden ist. Die Bestätigung der Entscheidung muss dabei vor der Anfechtung erfolgt sein, der bloße Antrag auf Bestätigung genügt nicht. Es kommt hier entscheidend darauf an, welche Partei schneller den nächsten Verfahrensschritt herbeiführt. War die Bestätigung vor der Anfechtung noch nicht erlassen, so kommt Anwendung von Art. 3 II EG-VollstrTitelVO nach dessen klarem Wortlaut und mithin eine Bestätigung der zweiten Entschei-

---

35 *Europäische Kommission*, 11.6.2003, COM (2003) 341, S. 6 (Abänderung 3); *Europäische Kommission*, 9.2.2004, COM (2004) 90, S. 7 (Abänderung 3); *Stein,* IPRax 2004, 181 (188).

36 *Riedel,* S. 7.

37 *Rat der Europäischen Union*, Vermerk des Vorsitzes, 25.11.2003, 15226/03, S. 3 Rdnr. 15.

dung als EuVollstrTitel nicht mehr in Betracht[38]. Zum Teil wird hierin ein Anreiz für den Schuldner gesehen, mit seinem Bestreiten nicht zum Zwecke des Zeitgewinns bis zum letztmöglichen Zeitpunkt zu warten[39]. Diese Ansicht gerät jedoch in Konflikt mit der Idee von Rechtsmittelfristen, die Rechtsklarheit bewirken sollen. „Anreize" für ihre Verkürzung sind mit dem Prinzip eines fairen Verfahrens schwerlich vereinbar.

Liegen die beiden genannten Voraussetzungen vor, so will eine verbreitete Meinung Art. 3 II EG-VollstrTitelVO als Spezialregelung zu Art. 3 I EG-VollstrTitelVO verstehen. Danach soll es auf das Bestreiten der Forderung im Rechtsmittelverfahren nicht ankommen. War nur die Forderung bis zur ersten Entscheidung unbestritten und wurde diese Entscheidung bereits als EuVollstrTitel bestätigt, so verbleibe die Forderung im Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO, auch wenn sie im Zeitpunkt des Erlasses der Rechtsmittelentscheidung nicht mehr unbestritten ist.[40]

Der Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO wird so jedoch überdehnt. Zudem würde in die Gestaltung der Rechtsmittel der nationalen Prozessordnungen erheblich eingegriffen. Dies war mit der EG-VollstrTitelVO nicht beabsichtigt. Sie beruht zwar auf dem Prinzip, dass der Schuldner sich nur im Ursprungsmitgliedstaat gegen den Anspruch verteidigen kann. Dem Schuldner kann aber nicht über das Prozessrecht des Ursprungsmitgliedstaates hinaus die Verteidigungsmöglichkeit beschnitten werden. Soweit das Prozessrecht des Ursprungsmitgliedstaates Rechtsbehelfe gegen eine Säumnisentscheidung vorsieht, muss es auch die VO hinnehmen, dass das Verfahren wieder offen ist, der Schuldner also die Forderung im Rechtsbehelfsverfahren noch bestreiten und sie so dem Anwendungsbereich der Verordnung entziehen kann.

Art. 3 II EG-VollstrTitelVO verdrängt daher Art. 3 I EG-VollstrTitelVO nicht, sondern hat allein die Aufgabe zu fingieren, dass das Einlegen des Rechtsmittels

---

38 Ebenso *Kropholler* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 14; a.A. *Schlosser,* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 8.

39 So *Stein,* EuZW 2004, 679 (680).

40 *Europäische Kommission*, 9.2.2004, COM (2004) 90, S. 3 (entgegen der Intention des Rates, vgl. bei Rdnrn. 17 f., in ihren allgemeinen Ausführungen); *Kropholler,* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 12; *Coester-Waltjen,* JURA 2005, 394; *Coester-Waltjen,* Festschr. f. Ansay (2006) 47 (52); *Coester-Waltjen,* Festschr. f. Yessiou-Faltsi (2007) 39 (40); *Stein,* IPRax 2004, 181 (187) Fußn. 46; *Stein,* EuZW 2004, 679 (680); *Wagner,* IPRax 2005, 189 (193); Thomas/Putzo/*Hüßtege,* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 5; Gebauer/Wiedmann/*Klippstein,* Kap. 31 Rdnrn. 31 f. (41); *Georganti,* S. 17.

noch kein Bestreiten der Forderung darstellt[41]. Der Gläubiger wird gegen hinhaltendes Taktieren eines Schuldners durch bloßes Einlegen von Rechtsmitteln geschützt.

Darüber hinaus gelangt aber nicht jede Rechtsmittelentscheidung allein deshalb in den Anwendungsbereich der EG-VollstrTitelVO, weil die erstinstanzliche Entscheidung bestätigungsfähig war und für diese eine Bestätigung bereits erteilt wurde[42]. Wird das Rechtsbehelfsverfahren streitig durchgeführt, entzieht der Schuldner damit die Rechtsmittelentscheidung dem Anwendungsbereich der Verordnung, da die Forderung nicht bis zur Entscheidung unbestritten im Sinne von Art. 3 I EG-VollstrTitelVO geblieben ist[43]. Die EG-VollstrTitelVO verhilft dem Prinzip „einmal säumig – immer säumig" gerade nicht entgegen dem nationalen Verfahrensrecht zur Geltung.

Literatur

Boschiero, *Nerina* The forthcoming European enforcement order. Towards a European law-enforcement area, Riv dir int 2003, 394-425

Bundesrechtsanwaltskammer Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag, http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/stellungEurosep02.pdf (abgerufen 10.11.2010)

Burgstaller, Alfred / Neumayr, *Matthias* Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen, ÖJZ 2006, 179-191

Burgstaller, Alfred / Neumayr, Matthias Internationales Zivilverfahrensrecht, Wien 2006

41 Allein dies ergibt sich auch aus den Materialien: Die *Europäische Kommission*, 9.2.2004, COM (2004) 90, S. 8 (Art. 2a) spricht nur an, dass die Forderung allein durch die Anfechtung bereits durchaus zu einer bestrittenen Forderung im Sinne der *lex fori* werde, dies aber autonom für die Verordnung noch unerheblich sein solle.

42 *Rat der Europäischen Union*, Vermerk des Vorsitzes, 25.11.2003, 15226/03, S. 4 Rdnrn. 14 ff.

43 *Schlosser,* Art. 3 EG-VollstrTitelVO Rdnr. 7; *Rauscher*, EuVollstrTitel Rdnrn. 75 ff; so auch *Rellermeyer,* Rpfleger 2005, 389 (393); *Burgstaller/Neumayr,* ÖJZ 2006, 179 (182).

Coester-Waltjen, *Dagmar* Der Europäische Vollstreckungstitel – Bestandsaufnahme und kritische Bewertung, in: Festschrift für Tuğrul Ansay, S. 47-60, Alphen am Rhein 2006

Coester-Waltjen, *Dagmar* Der neue europäische Vollstreckungstitel, JURA 2005, 394-397

Coester-Waltjen, *Dagmar* Und noch einmal: Der Europäische Vollstreckungstitel, in: Festschrift für Pelayia Yessiou-Faltsi, S. 39, 2007

Esser, Josef / *Schmidt*, *Eike* Schuldrecht Band 1 Allgemeiner Teil Teilband 1 Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 8. Auflage, Heidelberg 1995

Fasching, Hans Walter (Hrsg.) Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Auflage, Wien 2000 ff.

Gebauer, Martin / *Wiedmann, Thomas* Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 1. Auflage, Stuttgart 2005

Geimer, Reinhold / Schütze, Rolf (Hrsg.) Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Auflage, München 2004

Georganti, *Philia* Die Zukunft des ordre public-Vorbehalts im Europäischen Zivilprozessrecht, München 2006

Heringer, *Anja* Der europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen, Baden-Baden 2007

Heß, *Burkhard* Neues deutsches und europäisches Zustellungsrecht, NJW 2002, 2417-2426

Jennissen, Wilhelm Heinz Der Europäische Vollstreckungstitel (Teil 1 & 2), InVO 2006, 218-224 & 263-271

Kropholler, Jan (Hrsg.) Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Auflage, Frankfurt am Main 2005

Leible, Stefan / *Freitag*, *Robert* Forderungsbeitreibung in der EU, München 2008

Leible, Stefan / Lehmann, Matthias Die Verordnung über den Europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis, NotBZ 2004, 453-463

Mankowski, Peter Entwicklung im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2003/2004 (Teil 2), RIW 2004, 587-602

Münchener Kommentar zur ZPO, hrsg. v. Thomas Rauscher, Peter Wax, Joachim Wenzel, 3. Auflage, München 2007/2008

Nagel, Heinrich / Gottwald, Peter (Hrsg.) Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Köln 2007

Nuyts, Arnaud / Watté, Nadine International civil litigation in Europe and relations with third states, Brüssel 2005

Rauscher, Thomas (Hrsg.) Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 2010

Rausch, Hans Vereinfachte Unterhaltsvollstreckung in der EU mit dem neuen Europäischen Vollstreckungstitel, FuR 2005, 437-442

Rauscher, Thomas Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen, München 2004

Rechberger, Walter / Frauenberger-Pfeiler, Ulrike Der Europäische Vollstreckungstitel – Eine Annäherung, in: Festschrift für Peter Fischer, S. 399-414, Wien 2004

Rellermeyer, Klaus Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen, Rpfleger 2005, 389-404

Riedel, Ernst Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen, Köln 2005

Schlosser, Peter EU-Zivilprozessrecht, 3. Auflage, München 2009

Stein, Andreas Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen tritt in Kraft – Aufruf zu einer nüchternen Betrachtung, IPRax 2004, 181-191

Stein, *Andreas* Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen tritt in Kraft – Einstieg in den Ausstieg aus dem Exequaturverfahren bei Auslandsvollstreckung, EuZW 2004, 679-682

Thomas, Heinz / Putzo, Hans (Hrsg.) Zivilprozessordnung, 31. Auflage, München 2010

Wagner, *Rolf* Die neue EG-Verordnung zum Europäischen Vollstreckungstitel, IPRax 2005, 189-200

Wolfsteiner, *Hans* Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage, München 2006

Steffen Pabst

Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Handel

I. Einführung

War die Gerichtsstandsvereinbarung bereits im römischen Recht bekannt[1], so wurde sie mit der immer intensiveren Verflechtung und Vernetzung des Handelsverkehrs stets bedeutsamer. Wird zwischen Großkonzernen heute häufig eine umfassende Schiedsklausel in den Vertrag integriert, so verzichten mittelständische Unternehmen hierauf nicht selten aus Kostengründen, integrieren in den Vertrag aber zumindest eine Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

Für die Frage, in welchem Land möglicherweise entstehende Streitigkeiten ausgetragen werden sollen, besitzen die Parteien so von Anfang an Sicherheit. Beide Seiten können sich darauf einstellen, nur in einer bestimmten Rechtsordnung gerichtspflichtig zu sein. Die Überraschung eines Prozesses in einem Staat, dessen Rechtssystem der vertraute Rechtsvertreter nicht kennt, für dessen Verfahren daher besonderer, unter Umständen einmaliger und daher teurer Expertenrat eingekauft werden muss, und dessen Verfahrenssprache im Unternehmen nicht gesprochen wird, wird vermieden. Mittels einer Gerichtsstandsvereinbarung wissen beide Parteien von vornherein, wo die eventuelle künftige Streitigkeit ausgetragen wird. Sie können sich auf das am vereinbarten Ort geltende Prozess- und Kollisionsrecht einstellen. Damit kennen die Beteiligten auch von Anfang an das anzuwendende Sachrecht. Ein *forum shopping* der anderen Partei wird unterbunden; die Zuständigkeit bleibt auch für die Zukunft gesichert und ist nicht, etwa durch einen Sitzwechsel einer Partei, veränderbar.

Jedoch birgt die Gerichtsstandsvereinbarung auch die Gefahr, dass eine Vertragspartei sie (aufgrund überlegener wirtschaftlicher Macht) durchsetzt und der anderen Partei so einen für sie ungünstigen Gerichtsstand aufzwingt. Es besteht daher ein Bedarf der Regulierung der Zulässigkeit von Prorogationsvereinbarungen. Regelungen hierzu finden sich sowohl im nationalen deutschen, im Europäischen und künftig im völkervertraglichen Recht. Diese unterschiedlichen Normierungs-

---

[1] S. zur Geschichte *Schröder,* S. 405 ff.

ansätze der Gerichtsstandsvereinbarung sollen in diesem Beitrag dargestellt werden.

II. Deutsches nationales Zivilprozessrecht

1. Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung

Im nationalen deutschen Zivilprozessrecht wird die internationale Zuständigkeit nach dem Grundsatz der Doppelfunktionalität der Vorschriften zur örtlichen Zuständigkeit grundsätzlich von diesen mit geregelt[2]. Für die Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit gelten daher die §§ 38-40 ZPO[3]. Der deutsche Gesetzgeber entschied sich für ein grundsätzliches Verbot von Gerichtsstandsvereinbarungen[4]. Allein in den von den §§ 38 ff. ZPO definierten besonderen Fallgruppen werden Gerichtsstandsvereinbarungen zugelassen. In diesen werden die beteiligten Personen entweder nicht als entsprechend schutzwürdig angesehen oder aber ein besonderes berechtigtes Interesse an der Gerichtsstandsvereinbarung bejaht[5].

Vom grundsätzlichen Verbot ausgenommen wird durch § 38 I ZPO umfassend der Bereich des Handelsverkehrs. Unter Kaufleuten ist die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Gerichts stets möglich. Diese Ausnahme ist so weitreichend, dass bei alleiniger Betrachtung des Handelsverkehrs[6] Grundsatz und Ausnahme leicht zu verwechseln sind. Systematisch wird jedoch nur für einen Ausschnitt des Zivilrechts, sei es auch ein wesentlicher und weitreichender, die Möglichkeit der Zuständigkeitsvereinbarung als ausnahmsweise zugelassen. Das deutsche Recht knüpft dabei nicht an den zugrunde liegenden Vertrag oder das getätigte Geschäft an, sondern allein an die Vertragsparteien.

---

2 OLG Saarbrücken, NJW 2000, 670 (671); Stein/Jonas/*Bork*, § 38 ZPO Rdnr. 1.

3 BGH, NJW 1968, 356; BAG, NJW 1970, 2180; BGH, NJW 1979, 1104.

4 BGH, NJW 1983, 159 (162); Thomas/Putzo/*Hüßtege,* Vorbem. § 38 ZPO Rdnr. 10; Stein/Jonas/*Bork,* § 38 ZPO Rdnr. 4, krit. Rdnr. 5.

5 Stein/Jonas/*Bork,* § 38 ZPO Rdnr. 4.

6 Insofern zu Recht anders Nagel/Gottwald/*Gottwald*, § 3 Rdnr. 365.

2. Einschränkungen

Die von § 38 I ZPO zugelassene Prorogationsmöglichkeit im kaufmännischen Verkehr wird nicht grenzenlos gewährt. War die Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung bis zum 31.12.2001 noch allein auf vermögensrechtliche Streitigkeiten beschränkt (§ 40 I S 2 ZPO a.F.), so werden ab dem 1.1.2002 nach § 40 II Nr. 1 auch Vereinbarungen in nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten zugelassen, wenn die Sache nur nicht nach § 23 II GVG den Amtsgerichten ohne Rücksicht auf den Streitwert zugewiesen ist. Die Abgrenzung von vermögens- und nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist daher im Wesentlichen ohne Bedeutung. Auch für nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten ist eine Zuständigkeitsvereinbarung im Grundsatz möglich. Relevanz im Handelsverkehr können unter Umständen allein die Reisestreitigkeiten nach § 23 II lit b GVG erlangen. In der Praxis wird die Prorogationsbeschränkung nach § 40 II Nr. 1 ZPO im Handelsverkehr damit obsolet sein[7].

Unzulässig sind Prorogationsvereinbarungen nach § 40 II Nr. 2 ZPO auch dann, wenn ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist. Hiervon ist auch die internationale Zuständigkeit erfasst[8]. Gemeint ist allerdings allein die gesetzliche Begründung einer ausschließlichen Zuständigkeit; wurde sie vertraglich vereinbart ist diese durch erneute Vereinbarung änderbar[9]. Entscheidend ist die Sicht des deutschen Prozessrechts[10], auf welches die Wertung des § 40 II Nr. 2 ZPO abgestimmt ist. Einschränkungen müssen dort gemacht werden, wo aus deutscher Sicht die ausschließliche internationale Zuständigkeit des Auslands in Deutschland zu Rechtschutzlücken führt[11]. Unbeachtlich bleibt, ob das ausländische Prozessrecht eine ausschließliche Zuständigkeit annimmt[12]. Zu beachtende ausschließliche Zuständigkeitsvorschriften des deutschen Rechts sind insbesondere der dingliche Gerichtsstand des § 24 ZPO, der Gerichtsstand für Miet- und Pachtraumstreitigkeiten nach § 29a ZPO, der Gerichtsstand der Umwelteinwirkung nach § 32a ZPO, der Gerichtsstand in Versicherungssachen nach § 215 I S. 2 VVG und der Gerichtsstand in Wettbewerbssachen nach § 14 UWG.

---

7 So auch Zöller/*Vollkommer,* § 40 ZPO Rdnr. 5.

8 *Patzina* in: MünchKomm ZPO, § 40 ZPO Rdnr. 4; Zöller/*Vollkommer,* § 40 ZPO Rdnr. 6.

9 Stein/Jonas/*Bork,* § 40 ZPO Rdnr. 5; *Patzina* in: MünchKomm ZPO, § 40 ZPO Rdnr. 7; Zöller/*Vollkommer,* § 40 ZPO Rdnr. 6; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*, ZPR § 37 Rdnr. 18.

10 Stein/Jonas/*Bork,* § 40 Rdnr. 11; *Schack*, IZVR Rdnr. 441.

11 *Schack*, IZVR Rdnr. 441.

12 OLG Köln, OLGZ 1986, 210 (213); Staudinger/*Hausmann* (2002), Anh. II zu Art. 27-37 EGBGB Rdnr. 213.

Die Vereinbarung muss sich zudem gemäß § 40 I ZPO auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus ihm entspringenden Rechtsstreitigkeiten beziehen. Die Rechtsbeziehung, für welche eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen wird, muss hinreichend konkretisiert sein[13]. Nicht zulässig sind so Gerichtsstandsklauseln, welche alle künftigen Streitigkeiten zwischen zwei Parteien (auch eingeschränkt auf den Geschäftsverkehr) erfassen sollen[14].

3. Formerfordernisse

Die Einhaltung einer besonderen Form wird nicht verlangt. § 38 II, III ZPO stellen gegenüber § 38 I ZPO gerade keine abschließende Spezialregelung dar, der genannte Personenkreis soll auch im internationalen Kontext unbeschränkt Zuständigkeitsvereinbarungen treffen können[15]. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut der Vorschrift – § 38 II ZPO erweitert die Ausnahmen zur Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen („kann ferner vereinbart werden“) – als auch aus deren Entstehungsgeschichte[16]. Für eine entsprechende Anwendung der Formvorschriften des § 38 II ZPO gegenüber Kaufleuten als Mindestform erscheint daher auch im Interesse der Harmonisierung der Form der internationalen Prorogation[17] kein Raum. Eine derartige Harmonisierung kann hier nicht im Wege der Auslegung erfolgen, es wäre Aufgabe des Gesetzgebers, wenn gewollt, hier regulierend und schützend einzuschreiten.

III. Brüssel I-VO

Auf die nationalen deutschen Vorschriften kommt es bei der Beurteilung einer Gerichtsstandsvereinbarung jedoch nicht an, soweit europarechtliche Normen Geltung beanspruchen. Einschlägiges, auch in Deutschland unmittelbar geltendes

---

13 *Patzina* in: MünchKomm ZPO, § 40 ZPO Rdnr. 5.

14 *Patzina* in: MünchKomm ZPO, § 40 ZPO Rdnr. 5.

15 OLG Saarbrücken, NJW-RR 1989, 828 (829); OLG Saarbrücken, NJW 2000, 670 (671); *Patzina* in: MünchKomm ZPO, § 38 ZPO Rdnr. 24; Zöller/*Geimer,* IZPR Rdnr. 25d; Nagel/Gottwald/*Gottwald,* § 3 Rdnr. 372; *Putzo,* NJW 1975, 502; a.A. OLG Nürnberg, NJW 1985, 1296; *Lindacher,* in: Festschr. f. Habscheid (1989) 167 (169 Fußn. 13).

16 BT-Drs. 7/1384, S. 4, die Möglichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung soll über den Personenkreis des § 38 I ZPO hinaus anderen Personen gewährt werden; ebenso *Samtleben,* NJW 1974, 1590 (1595).

17 So Zöller/*Vollkommer,* § 38 ZPO Rdnr. 25.

Rechtsinstrument, ist die Brüssel I-VO[18]. Im internationalen Handelsverkehr verdrängt Art. 23 Brüssel I-VO im Rahmen seines Anwendungsbereiches die §§ 38-40 ZPO.

1. Anwendungsbereich

Auf die allgemeinen Anforderungen des sachlichen, zeitlichen und räumlichen Anwendungsbereichs der Brüssel I-VO (Art. 1, 66, 3 Brüssel I-VO) soll hier nicht eingegangen werden. Soweit Gerichtsstandsvereinbarungen betroffen sind, modifiziert Art. 23 I Brüssel I-VO aber die allgemeine Regelung des persönlichen Anwendungsbereichs dahingehend, dass der Wohnsitz (bestimmt nach Art. 59, 60 Brüssel I-VO) einer Partei unabhängig von deren Parteirolle im Prozess in einem Mitgliedstaat ausreichend ist. Wenn ein mehrfacher Wohnsitz einer Partei vorhanden ist, genügt es, dass einer in einem Mitgliedstaat liegt[19].

2. Konkurrenz zum nationalen deutschen Recht

Umstritten ist, wieweit der Geltungsanspruch der Brüssel I-VO reicht.

Jedenfalls ist die Brüssel I-VO einschlägig, wenn die Parteien ihren Wohnsitz in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten haben und die Zuständigkeit eines mitgliedstaatlichen Gerichts vereinbaren.

Wird die Zuständigkeit eines drittstaatlichen Gerichts vereinbart, so kann für den prorogativen Effekt die Brüssel I-VO keine Geltung entfalten. Wie der derogative Effekt zu beurteilen ist, ist umstritten. Da der Wortlaut des Art. 23 Brüssel I-VO von der positiven Vereinbarung eines mitgliedstaatlichen Gerichts ausgeht, wird hier vertreten, dass über die Zulässigkeit der Derogation das nationale Recht entscheiden soll[20]. Dagegen wendet sich eine stark im vordringen befindliche Meinung. Art. 23 Brüssel I-VO soll jedenfalls soweit Zuständigkeiten aus der Brüssel

---

18 Auf die inhaltlich gleichen Bestimmungen der Art. 23 LugÜbk 2007 und Art. 17 LugÜbk 1988 soll hier nicht näher eingegangen werden.

19 *Gottwald* in: MünchKomm ZPO*,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 1.

20 *Schlosser*-Bericht, 1. BeitrittsÜbk zum EuGVÜ Nr. 176; BGH, NJW 1989, 1431 (1432); *Gottwald* in: MünchKomm ZPO*,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 11; Reithmann/Martiny/*Hausmann,* Rdnr. 6373.

I-VO derogiert werden, über den derogativen Effekt der Gerichtsstandsvereinbarung urteilen[21].

Umstritten ist auch die Konstellation, dass der Wohnsitz der Parteien sich in einem EU-Staat und einem Drittstaat befindet, beide aber die Gerichte des EU-Wohnsitzstaates vereinbaren. Insofern ist allein ein Mitgliedstaat berührt. Hier möchte eine Ansicht eine teleologische Reduktion des Art. 23 Brüssel I-VO vornehmen, so dass sich die europarechtliche Norm allein mit der Zuständigkeitskonkurrenz zwischen zwei Mitgliedstaaten befasst, jedoch nicht anwendbar ist, wenn nur ein Mitgliedstaat betroffen ist. Sodann soll das nationale Recht über die Gerichtsstandsvereinbarung entscheiden[22]. Eine solche Einschränkung ist jedoch abzulehnen. Sie widerspricht dem Erfordernis der Klarheit von Zuständigkeitsgründen und schafft unnötige Unsicherheiten[23].

Allein bei reinen Inlandssachverhalten ist es unbestritten anerkannt, dass die Brüssel I-VO nicht anwendbar ist und über die Gerichtsstandsvereinbarung das nationale Prozessrecht entscheidet[24]. Auch wenn sich dies nicht unmittelbar aus dem Wortlaut ergibt, so hätte der EU für eine solche Regelung mangels eines grenzüberschreitenden Bezugs die notwendige Kompetenz aus Art. 61 ff. EGV gefehlt.

3. Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung

Art. 23 Brüssel I-VO entscheidet sich grundsätzlich für die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen, womit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit Rechnung getragen wird. Den Schutz bestimmter Personengruppen erreicht die Brüssel I-VO sodann mit punktuellen Prorogationseinschränkungen (Art. 13, 17, 21 Brüssel I-VO). Auch wenn so systematisch der umgekehrte Ansatz verglichen zum deut-

---

21 OLG Dresden, IPRax 2006, 44 (46 f.); Rauscher/*Mankowski*, EuZPR/EuIPR (2011) Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 3b; Zöller/*Geimer,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 12; *Geimer,* NJW 1986, 1438 (1439); Schack, IZVR Rdnr. 467; *Heinze/Dutta,* IPRax 2005, 224 (228); *v. Hein,* IPRax 2006, 16 (17).

22 BGH 1993, 1070 (1071); OLG Saarbrücken, NJW 2000, 670; *Kohler,* IPRax 1983, 265 (266 Fußn. 9).

23 Rauscher/*Mankowski*, EuZPR/EuIPR (2011) Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 5; Zöller/*Geimer,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr 12; *Staudinger* IPRax 2000, 483 (485); s. auch *Geimer* NJW 1986, 1439 „Diese Theorie findet jedoch weder im Wortlaut noch in den Materialien noch in der *ratio conventionis* eine Stütze“.

24 S. im Detail Rauscher/*Mankowski*, EuZPR/EuIPR (2011) Art. 23 Brüssel I-VO Rdnrn. 6 f.

schen Recht gewählt wurde[25], so wird für den internationalen Handelsverkehr doch ein vergleichbares Ergebnis erzielt: Die Möglichkeit der freien Wahl des Gerichtsstands ist den Parteien insoweit grundsätzlich umfassend möglich. Eingeschränkt werden sie allein von Art. 23 V Brüssel I-VO; die Parteien können nicht über die ausschließlichen Zuständigkeiten des Art. 22 Brüssel I-VO disponieren.

4. Einschränkungen

a) Bestimmtes Rechtsverhältnis

Auch Art. 23 I Brüssel I-VO verlangt jedoch, dass sich die Zuständigkeitsvereinbarung auf eine bereits entstandene oder auf eine künftige, aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Streitigkeit bezieht. Durch dieses Bestimmtheitserfordernis wird die Geltung einer Gerichtsstandsvereinbarung auf die Rechtsstreitigkeiten eingeschränkt, die ihren Ursprung in dem Rechtsverhältnis haben, anlässlich dessen die Klausel vereinbart wurde. Keine Partei soll dadurch überrascht werden, dass die Zuständigkeit eines Gerichts für Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien begründet ist, die sich aus einem anderen Rechtsverhältnis ergeben, als dem, anlässlich dessen Zuständigkeit vereinbart wurde[26]. Dadurch wird insbesondere ausgeschlossen, dass mit einer einzigen umfassenden Klausel, auch für Streitigkeiten aus noch nicht geschlossenen und nicht vorhersehbaren Rechtsverhältnissen, einer Partei ein bestimmter Gerichtsstand aufgenötigt werden kann.

Dies bedeutet nicht, dass das Rechtsverhältnis, auf das sich die Gerichtsstandsvereinbarung bezieht, bereits bestehen muss. Es genügt, wenn es nach Art und Gegenstand hinreichend bestimmbar ist. Das Aushandeln der speziellen Bedingungen für das konkrete Geschäft und der Eintritt der vertraglichen Bindung können später erfolgen. Es können also auch Klauseln für zukünftige Rechtsverhältnisse geschlossen werden, solange sie sich auf ein konkretes individualisierbares Rechtsverhältnis beziehen[27].

---

25 Zur Liberalität des EuGVÜ im Vergleich zum deutschen Recht *Kohler,* IPRax 1983, 265 (266 f.).

26 *EuGH* 20.3.1992, Rs. 214/89, Rdnr. 31, EuGHE 1992 I 1745.

27 *Kropholler,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 70.

b) Bestimmtes Gericht

Das vereinbarte Gericht muss in der Klausel bestimmt oder bei Klageerhebung wenigstens aus den Umständen bestimmbar sein[28]. Zulässig sind dabei die Vereinbarung mehrerer bezeichneter Gerichte und die spätere freie Auswahl aus diesen[29]. Eine Bestimmbarkeit des Gerichts aus objektiven Kriterien genügt[30]. Nicht zulässig sind Klauseln, die einer Partei im Falle der Klageerhebung die freie Wahl eines Gerichts überlassen[31].

Auf diese Weise können die Parteien auch den jeweiligen Klägergerichtsstand vereinbaren. Spätestens bei Klageerhebung stehen die Parteirollen fest und ist so auch das zuständige Gericht bestimmbar[32]. Ebenfalls möglich ist die Vereinbarung, nur vor den Gerichten des Heimatstaates verklagt zu werden. Mit dieser Klausel werden die besonderen Gerichtsstände derogiert. Auch in diesem Fall ist das zuständige Gericht spätestens mit Klageerhebung eindeutig zu bestimmen.

5. Formerfordernisse

Anders als im deutschen Recht ist unter der Brüssel I-VO die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung an bestimmte Formanforderungen geknüpft. Diese hat der *EuGH* zudem eng ausgelegt[33]. Durch die Formstrenge soll die Verbesserung der Rechtssicherheit im Interesse des Rechtsschutzes zugunsten der Parteien, verwirklicht werden[34]. Die Parteien sollen sich auch im Handelsverkehr der weitreichenden Bedeutung einer Gerichtsstandsklausel bewusst sein und vor der überraschenden Einführung einer solchen geschützt werden. Die Modalitäten der Form für Zuständigkeitsvereinbarungen werden dabei von Art. 23 I S. 3 Brüssel I-VO abschließend geregelt.

---

28 *EuGH* 9.11.2000, Rs. C-387/98, Rdnr. 15; *Kropholler,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 71.

29 *Schlosser,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 12.

30 *EuGH* 9.11.2000, Rs. C-387/98, Rn. 15; Zöller/*Geimer,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 37.

31 LG Braunschweig, IPRspr. 1974 Nr. 147; Zöller/*Geimer,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 37; *Schlosser,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 13.

32 So auch *Schlosser,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 12; *Kropholler,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 74.

33 *EuGH* 14.12.1976, Rs, 24/76, EuGHE 1976, 1831 (1841); *EuGH* 14.12.1976, Rs. 35/76, EuGHE 1976, 1851 (1860).

34 *Volken,* SZIER 1998, 128.

a) Schriftlichkeit und Halbschriftlichkeit

Nach Art. 23 I S. 3 lit. a Brüssel I-VO ist sowohl die Schriftform als auch die schriftliche Bestätigung einer mündlichen Vereinbarung genügend.

aa) Schriftform

Die Ausfüllung des Begriffs „schriftlich" muss autonom und ohne Rückgriff auf eine nationale Rechtsordnung erfolgen[35]. Um das Erfordernis der Schriftlichkeit zu erfüllen, müssen die übereinstimmenden Erklärungen beider Parteien hinsichtlich der Gerichtsstandsvereinbarung schriftlich vorliegen, eine einheitliche Urkunde – wie sie beispielsweise § 126 II S. 1 BGB verlangt – ist dagegen nicht erforderlich[36].

bb) Mündlich mit schriftlicher Bestätigung

Mit dem Erfordernis der Halbschriftlichkeit sollte zum einen den Gepflogenheiten im Handel Rechnung getragen werden, zum anderen eine unbemerkte Einfügung von Gerichtsstandsklauseln in das Vertragsverhältnis verhindert werden[37].

Die Parteien müssen sich mündlich einigen und eine Seite muss danach schriftlich bestätigen. Das Bestehen der mündlichen Vereinbarung muss nachgewiesen werden. Eine Vermutung der vorangegangenen Einigung wurde abgelehnt[38]. Jedoch wird dem Schriftsatz insoweit Beweiswert für die mündliche Vereinbarung zugebilligt, wie von der schriftlichen Bestätigung auf die Einigung geschlossen werden kann. Hierzu ist notwendigerweise die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Gerichtsstandsvereinbarung während der Einigung, also vor der Bestätigung erforderlich[39].

35 Geimer/Schütze/*Geimer*, EuZVR Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 97.
36 *Kohler,* IPRax 1983, 265 (269); Geimer/Schütze/*Geimer*, EuZVR Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 97.
37 *Samtleben,* IPRax 1985, 261.
38 *Samtleben,* IPRax 1985, 261 (262); *Staehelin,* S. 21
39 *Rauscher,* IPRax 1992, 143 (144).

b) Gepflogenheiten zwischen den Parteien

Die Möglichkeit, dass Gerichtsstandsvereinbarungen auch in der Weise einbezogen werden können, wie es den Gepflogenheiten der Parteien entspricht, wurde mit den Reformen des EuGVÜ in den Normtext integriert. Heute findet sich diese Formalternative in Art. 23 I S. 3 lit. b Brüssel I-VO. So wurde der Rechtsprechung des *EuGH* Rechnung getragen, wonach im Rahmen einer fortgesetzten Geschäftsbeziehung auf der Grundlage von bestimmten AGB eine Berufung auf die Formungültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung gegen Treu und Glauben verstoßen würde[40].

Gepflogenheiten sind Verhaltensweisen, die nicht allgemein (wie ein Handelsbrauch), sondern nur zwischen den Parteien regelmäßig beachtet werden[41]. Das Verhalten anderer Marktteilnehmer ist in diesem Zusammenhang also unbeachtlich. Die Gepflogenheiten müssen sich erst durch wiederholte Geschäfte zwischen den Parteien entwickeln. Es wird also eine länger dauernde Geschäftsbeziehung vorausgesetzt, in der aufgrund einer gewissen Übung eine Partei auf eine bestimmte Form, als zwischen den Parteien üblich, vertrauen darf, dies kann bei dem zweiten Vertrag noch nicht angenommen werden[42].

c) Einbeziehung durch Handelsbrauch

Letztlich wird dem kaufmännischen Rechtsverkehr heute durch die Einbeziehungsmöglichkeit in Form von internationalen Handelsbräuchen Rechnung getragen (Art. 23 I S. 3 lit. c Brüssel I-VO). Durch den Rückgriff auf die internationalen Handelsbräuche werden je nach deren Ausgestaltung unter Umständen nur geringe Anforderungen an die Einbeziehung der Gerichtsstandswahl gestellt. Die Voraussetzungen hat der *EuGH* autonom ausgelegt[43].

---

40 *EuGH* 14.12.1976, Rs. 25/76, EuGHE 1976, 1851 (1861); *Staehelin,* S. 53; *Kohler,* EuZW 1991, 303 (305); als Übernahme der *EuGH*-Rechtsprechung in den Übereinkommenstext auch *Almeida Cruz/Desantes Real/Jenard*-Bericht, 3. BeitrittsÜbk zum EuGVÜ Nr. 26; *Rauscher*, IPR Rdnr. 1809.

41 Staudinger/*Magnus* (2005), Art. 9 CISG Rdnr. 13.

42 *Kropholler,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 50; *Schlosser,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 23; Staudinger/*Magnus* (2005), Art. 9 CISG Rdnr. 13.

43 *EuGH* 20.2.1997, Rs. C-106/95, ZZPInt 1997, 161 (166).

aa) Internationaler Handelsverkehr

Die Parteien müssen sich im internationalen Handelsverkehr befinden. Bei der Ausfüllung dieses Begriffs kann eine Beschränkung auf bestimmte klar definierbare Handelszweige nicht erfolgen. Dies würde von der Zielsetzung des Art. 23 Brüssel I-VO nicht getragen werden. Der *EuGH* hat sich bis heute noch nicht ausführlich dazu geäußert. Die ihm bisher vorgelegten Fälle waren in Hinblick auf die „Internationalität" stets klar, so dass er sich auf eine alleinige Feststellung, dass diese vorliegt, beschränken konnte[44]. Klarere Leitlinien sind dagegen in der Literatur entwickelt worden[45]. Erforderlich für ein internationales Handelsgeschäft ist danach, dass Sachen, Kapital, Dienstleistungen oder sonstige Leistungen gegen Entgelt von einem Land in ein anderes gebracht oder in einem dritten Land ausgetauscht werden. Der internationale Handelsverkehr ist aber bei einem reinen Platzgeschäft auch zu bejahen, wenn üblicherweise an demselben Ort und in derselben Branche in derselben Art und Weise grenzüberschreitende Geschäfte getätigt werden (zum Beispiel Messegeschäfte)[46]. Kurz gefasst ist – unabhängig von der beruflichen Stellung der Beteiligten – ein grenzüberschreitender gewerblicher Leistungsaustausch erforderlich[47]. Jedoch wird ein Handel nicht durch die verschiedenen Staatsangehörigkeiten der Parteien international; die Staatsangehörigkeit bildet im Rahmen der Brüssel I-VO kein entscheidendes Kriterium[48].

bb) Handelsbrauch

Befinden sich die Parteien im internationalen Handelsverkehr, so muss festgestellt werden, ob ein Handelsbrauch vorliegt. Was aber ein Handelsbrauch ist, wird von der Verordnung nicht bestimmt. Der *EuGH* verlangte kein Erfordernis für eine Verbreitung in ganz Europa[49]. Es muss stets auf den speziellen Geschäftszweig abgestellt werden, in dem die Parteien tätig sind. In diesem Geschäftszweig besteht ein Handelsbrauch dann, wenn die dort tätigen Kaufleute bei Abschluss einer bestimmten Art von Verträgen allgemein und regelmäßig ein bestimmtes

---

44 Vgl. *EuGH* 20.2.1997, Rs. C-106/95, ZZPInt 1997, 161 (166); *EuGH* 16.11.1999, Rs. C-159/97, Rdnr. 24.

45 S. bei *Kropholler* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 54.

46 *Staehelin,* S. 77; *Stöve,* S. 67; *Wackenhuth,* ZZP 1986, 445 (449).

47 *Rauscher*, IPR Rdnr. 1812.

48 *Kropholler,* Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 54.

49 *EuGH* 16.3.1999, Rs. C-159/97, Rdnr. 27; *Holl,* RIW 1997, 418; *Koch,* JZ 1997, 841.

Verhalten befolgen[50]. Erforderlich ist mithin Branchenüblichkeit, nicht allein eine Gepflogenheit zwischen den Parteien.

cc) Kenntnis oder Kennenmüssen

Als subjektives Erfordernis wird ein Kennen oder Kennen müssen des Handelsbrauchs durch die beteiligten Parteien verlangt. Liegt positive Kenntnis des Handelsbrauchs bei den Parteien vor, so ist eine Gerichtsstandsvereinbarung, die unter Beachtung dieses Brauchs geschlossen wurde, nach Brüssel I-VO unproblematisch wirksam. Ist eine positive Kenntnis nicht nachweisbar, so kommt es darauf an, ob die Parteien den Brauch kennen mussten. In diesem Fall wird die Kenntnis vermutet. Fraglich ist, wann eine Partei einen Handelsbrauch kennen musste.

Der *EuGH* äußerte sich zu dieser Frage nicht ausdrücklich. In seiner Entscheidung noch zum EuGVÜ i.d.F. des 1. BeitrittsÜbk 1978 stellte er fest, dass ein Kennenmüssen jedenfalls dann vorliegt, wenn die Partei selbst in der Vergangenheit in der jeweiligen Branche tätig war oder wenn in dem jeweiligen Geschäftszweig ein bestimmtes Verhalten bei Abschluss von einer bestimmten Art von Verträgen allgemein und regelmäßig befolgt wird und daher hinreichend bekannt ist, um als ständige Übung angesehen werden zu können[51]. Subjekte dieser Übung können die Vertragsparteien untereinander, eine Partei mit einem Dritten oder die Geschäftsleute in dem entsprechenden Geschäftszweig sein. Um eine ständige Übung in der betreffenden Branche erzielen zu können, muss der Handelsbrauch letztendlich aber an den Geschäftssitzen beider Parteien anerkannt werden[52].

Zu klären bleibt, ob die Vermutung der Kenntnis widerleglich oder unwiderleglich ist. Der *EuGH* trennt nicht eindeutig, deutet aber an, dass eine Kenntnis unter bestimmten Umständen feststeht bzw. vermutet wird[53]. Eine Differenzierung kann an dem bisherigen Handeln der Partei festgemacht werden. War die Partei schon früher in entsprechender Weise tätig, kann die Vermutung unwiderleglich aufgestellt werden. Ihr ist dann zumutbar, sich über die jeweiligen Gebräuche informiert zu haben und diese zu achten. Besteht die Übung dagegen nur in dem Geschäftszweig, und war die Partei in diesem noch nicht tätig, so erscheint es

---

50 *EuGH* 20.2.1997, Rs. C-106/95, ZZPInt 1997, 161 (166); *EuGH* 16.3.1999, Rs. C-159/97, Rdnr. 26; *Stöve,* S. 56.

51 *EuGH* 20.2.1997, Rs. C-106/95, ZZPInt 1997, 161 (166).

52 *Holl,* RIW 1997, 418; *Holl/Keßler,* RIW 1995, 457 (459).

53 *EuGH* 20.2.1997, Rs. C-106/95, ZZPInt 1997, 161 (166).

angemessen, die Vermutung widerleglich auszugestalten[54]. Der Partei, die neu in den Geschäftszweig kommt, bleibt es unbenommen, Beweis darüber anzutreten, dass ihr trotz Bestehen eines branchenüblichen Brauchs, dieser nicht bekannt war. Dem Kläger aber wird mit der Vermutung eine kaum behebbare Beweisnot genommen. Für ihn genügt es nachzuweisen, dass in der Branche ein entsprechender Handelsbrauch besteht. So kommt man zu einem gerechten Interessenausgleich, bei dem die allgemeinen Sorgfaltspflichten unter Handelsleuten berücksichtigt werden.

Jedoch muss die Vermutung der Kenntnis dann eingeschränkt werden, wenn der Partner erkennt oder weiß, dass sein Gegenüber keine positive Kenntnis hat und diese Unkenntnis ausnutzt. Dann ist er in seinem Vertrauen nicht zu schützen[55].

IV. HProrogÜbk 2005

Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen wurde im Jahre 2005 abgeschlossen und zur Zeichnung aufgelegt. Aufgrund von Verhandlungen der Europäischen Union und deren Beitritt zu der Haager Konferenz ist es bei diesem Übereinkommen erstmalig vorgesehen, dass neben Staaten auch Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration, gebildet ausschließlich aus souveränen Staaten dem Übereinkommen beitreten können (Art. 29, 30 HProrogÜbk 2005). Die EU kann das HProrogÜbk 2005 daher eigenständig zeichnen und ratifizieren. Intern ist im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten seit dem Gutachten des *EuGH* zum LugÜbk 2007[56] klargestellt, dass sie hierzu auch die alleinige Kompetenz besitzt. Die Zeichnung wurde am 1.4.2009 vorgenommen[57], eine Ratifikation erfolgte bisher nicht. Da Mexiko dem HProrogÜbk 2005 bereits am 26.9.2007 beigetreten ist, genügt nach Art. 31 I HProrogÜbk 2005 für ein Inkrafttreten des Übereinkommens die Ratifikation der EU[58]. Es ist daher damit zu rechnen, dass das HProrogÜbk 2005 in Zukunft für die EU in Kraft treten wird.

---

54 *Kubis,* IPRax 1999, 10 (13); *Saenger,* ZZP 1997, 477 (490).

55 *Staehelin,* S. 81.

56 *EuGH* 7.2.2006 – Avis 1/03.

57 S. Beschluss 2009/397/EG des Rates vom 26.2.2009 über die Unterzeichnung — im Namen der Europäischen Gemeinschaft — des Übereinkommens über Gerichtsstandsvereinbarung, ABl EU 2009 L 133/1.

58 Die EU hat bereits bei Zeichnung die von Art. 29 III HProrogÜbk 2005 geforderte Erklärung nach Art. 30 HProrogÜbk 2005 abgegeben, so dass eine Ratifikationsurkunde der

1. Anwendungsbereich

a) Räumlich-persönlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Anwendungsbereich folgt aus Art. 3 lit. a HProrogÜbk 2005. Das Übereinkommen wird allein auf Gerichtsstandsvereinbarungen angewandt, mit denen ein Gericht eines Vertragsstaates vereinbart wird. Die Staatsangehörigkeit der Parteien ist ebenso irrelevant wie deren mögliche Einordnung als Kaufleute.

Jedoch muss es sich nach Art. 1 I HProrogÜbk 2005 um einen internationalen Sachverhalt handeln[59]. Reine Inlandssachverhalte sollen dem nationalen Recht des einzelnen Staates vorbehalten bleiben. Insofern ist kein Bedarf für eine völkervertragliche Regelung vorhanden.

Für die Zwecke der Zuständigkeitsbestimmung wird ein Sachverhalt gemäß Art. 1 II HProrogÜbk 2005 als international angesehen, wenn die Parteien ihren Aufenthalt in verschiedenen Staaten haben oder – bei Aufenthalt beider Parteien in einem Vertragsstaat – der Sachverhalt unabhängig vom gewählten Gericht zumindest Beziehungen zu einem anderen Staat aufweist. Nach der in Art. 1 II HProrogÜbk 2005 gegebenen Definition wird der Sachverhalt auch als international angesehen, wenn beide Parteien Aufenthalt im selben Drittstaat haben und der Sachverhalt abgesehen von der Wahl eines vertragsstaatlichen Gerichts keinen Bezug zu einem anderen Staat aufweist. Da das Übereinkommen hier nur das nationale Regime eines Drittstaates, nicht aber eines Vertragsstaates berührt, hat man wohl keinen Grund gesehen, die Anwendung zurückzustellen.

Zu klären bleibt, wo eine Partei ihren Aufenthalt im Sinne des Übereinkommens besitzt. Der Begriff des „Aufenthalts" im HProrogÜbk 2005 ist aus dem gewöhnlichen Aufenthalt hervorgegangen[60]. Für natürliche Personen ist er daher hier in gleicher Weise auszufüllen wie der Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts" in anderen Haager Übereinkommen. Für juristische Personen ist dagegen eine Definition in Art. 4 II HProrogÜbk 2005 aufgenommen worden, bei der ein Kompromiss zwischen den verschiedenen Konzepten des *common law* und *civil law* gesucht wurde[61].

EU für die von Art. 31 I HProrogÜbk 2005 verlangte Mindestanzahl von zwei Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunden mitzuzählen ist.

59 *Wagner,* RabelsZ 2009, 100 (110).

60 Vgl. *Dogauchi/Hartley*-Report, HProrogÜbk 2005, PrelDoc 25 Rdnr. 62.

61 *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr. 119.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

aa) Zivil- und Handelssache

Das Übereinkommen ist nach Art. 1 I HProrogÜbk 2005 in Zivil- und Handelssachen anwendbar. Die Ausfüllung des Begriffs soll autonom, ohne Rückgriff auf eine nationale Rechtsordnung erfolgen[62]. Abzugrenzen ist insbesondere gegen Steuer-, Zoll- und Verwaltungssachen. Machte dies in einem zeitigen Entwurf der Wortlaut durch einen Art. 1 I S. 2 Brüssel I-VO vergleichbaren Satz deutlich[63], so wurde im endgültigen Wortlaut hierauf als Selbstverständlichkeit verzichtet[64]. Es ist zu erwarten, dass sich hier eine der Brüssel I-VO vergleichbare Begriffsbestimmung entwickeln wird. Dies wird auch in Art. 2 V HProrogÜbk 2005 deutlich. Das Verfahren ist nicht bereits deshalb aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen, weil der Staat Verfahrenspartei ist. Es kommt daher auch im HProrogÜbk 2005 darauf an, ob die Sache seinen Ursprung in einer hoheitlichen Tätigkeit hat[65].

bb) Ausnahmekatalog

Art. 2 HProrogÜbk 2005 bestimmt zahlreiche Materien, welche Zivil- oder Handelssache sind, aber dennoch aus dem Anwendungsbereich ausgenommen werden sollen. Mit der Herausnahme der Verbraucher- und Arbeitssachen (Art. 2 I HProrogÜbk 2005) beschränkt sich das Übereinkommen selbst auf den Handelsverkehr. Zudem findet sich in Art. 2 II HProrogÜbk 2005 eine umfangreiche Liste mit weiteren sachlichen Einschränkungen. Neben dem Familien- und Erbrecht finden sich hier Materien, die üblicherweise besonderen Regelungen unterworfen sind, wie Insolvenzsachen oder die Personen- und Güterbeförderung, aber auch Gegenstände, für die grundsätzlich ausschließliche Gerichtsbarkeiten in Anspruch genommen werden, wie Streitigkeiten über dingliche Rechte oder die Vermietung von Immobilien. Da sich das Übereinkommen nicht generell mit Gerichtsständen, sondern allein mit der Gerichtsstandsvereinbarung beschäftigt, sind für solche Materien keine besonderen Regelungen zu schaffen, stattdessen können

---

62 *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr. 49.

63 Vgl *Nygh/Pocar*-Report, HProrogÜbk 2005, PrelDoc 11 S 4 (Art. 1 Abs. 1 S. 2).

64 *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr. 49 Fußn. 73.

65 Vgl. zur Brüssel I-VO Rauscher/*Mankowski*, EuZPR/EuIPR (2011) Art. 1 Brüssel I-VO Rdnrn. 2g ff.

sie sogleich vom Anwendungsbereich ausgenommen werden[66]. Dies ist der Grund, warum der Ausnahmekatalog auf den ersten Blick recht lang erscheint.

cc) Gerichtsstandsvereinbarung

Aus gleichem Grund ist es systematisch auch bereits eine Frage des sachlichen Anwendungsbereichs, ob eine für das Übereinkommen relevante Gerichtsstandsvereinbarung vorliegt. Was vom Übereinkommen als Gerichtsstandsvereinbarung angesehen wird, definiert Art. 3 lit. a HProrogÜbk 2005.

α) Vereinbarung

Zunächst bedarf es einer materiellen Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Parteien. Das Übereinkommen findet damit keine Anwendung auf einseitig gestellte Gerichtsstandsklauseln, insbesondere – anders als die Brüssel I-VO, vgl. Art. 23 IV Brüssel I-VO[67] – unterfallen in einseitig festgelegte Gerichtsstandsklauseln in trust-Bedingungen nicht dem Übereinkommen. Die Vereinbarung von AGB ist jedoch unbestritten möglich[68].

In der Vereinbarung müssen zumindest die Gerichte eines Vertragsstaates prorogiert werden. Das Übereinkommen bezieht sich damit in erster Linie auf die internationale Zuständigkeit. Wenn die Parteien auch die örtliche Zuständigkeit mit vereinbaren, wird dies vom Übereinkommen mit durchgesetzt, fehlt es hieran jedoch oder ist diese nicht eindeutig, so ist sie anhand der *lex fori* zu bestimmen. Die Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit ist für die Anwendbarkeit des Übereinkommens hingegen zwingende Voraussetzung.

---

66 Ähnlich auch *Eichel,* RIW 2009, 289 (293).

67 Dazu Rauscher/*Mankowski*, EuZPR/EuIPR (2011) Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 49.

68 *Bläsi,* S. 35; Nagel/Gottwald/*Gottwald,* § 3 Rdnr. 508.

β) Ausschließlichkeit

Grundsätzlich beschränkt sich das Übereinkommen auf Gerichtsstandsklauseln, die ein Gericht ausschließlich als zuständig beruft[69]. Mit der Berufung eines Gerichts durch die Parteien müssen alle anderen Gerichtsstände derogiert werden (Art. 1 I HProrogÜbk 2005)[70]. Vor semantischer Willkür[71] schützt sie die Ausschließlichkeitsvermutung des Art. 3 lit. b HProrogÜbk 2005. Sofern die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbaren, gilt eine Gerichtsstandsklausel als ausschließlich. So soll insbesondere im *common law*-Rechtskreis, wo traditionell die umgekehrte Vermutung gilt, der Respekt vor der Wahl der Parteien gestärkt werden[72].

Mit dieser Beschränkung sollte die Struktur des Übereinkommens einfach gehalten werden. Anderenfalls hätten die Kernbestimmungen der Art. 5, 6 HProrogÜbk 2005 nicht in dieser Absolutheit formuliert werden können. Zudem hätte eine Ausdehnung auf nicht ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen Folgeprobleme aufgeworfen, für welche die Mitgliedstaaten der Haager Konferenz keine konsensfähige Lösung sahen. Insbesondere hätten die Beachtung einer anderweitigen Rechtshängigkeit und die Möglichkeit eines Verweises an ein eventuell besser geeignetes Gericht diskutiert werden müssen[73].

Da es jedoch vom Übereinkommen ausdrücklich zugelassen wird, allein die internationale Zuständigkeit ohne die örtliche Zuständigkeit zu vereinbaren, genügt es, wenn die Parteien sich auf verschiedene Gerichte in einem Vertragsstaat einigen, in diesem aber verschiedene Gerichte oder Orte benennen. Die Problematik der örtlichen Zuständigkeit und Kollisionen von Verfahren bei verschiedenen Gerichten löst dann das nationale Recht, die *lex fori*. Nicht möglich ist es jedoch, zwei Gerichte in verschiedenen Vertragsstaaten zur Wahl zu vereinbaren, in dem Fall würde die Mindestanforderung, eine ausschließliche Gerichtsstandsklausel, zumindest hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit, nicht mehr erfüllt sein[74].

---

[69] Eine Erweiterung des Anwendungsbereiches ist durch gegenseitige Erklärungen der Vertragsstaaten nach Art. 22 HProrogÜbk 2005 möglich.

[70] *Eichel,* RIW 2009, 289 (293).

[71] So *Eichel,* RIW 2009, 289 (294).

[72] *Schulz,* YB PIL 2005, 1 (8 f.).

[73] *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr. 47 f.

[74] *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr. 104; *Eichel,* RIW 2009, 289 (294).

γ) Einschränkungen

Die Gerichtsstandsvereinbarung muss sich auf eine aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Streitigkeit beziehen. Insofern enthält das HProrogÜbk 2005 die gleiche Einschränkung wie § 40 I ZPO und Art. 23 I S. 1 Brüssel I-VO.

δ) Formerfordernisse

Die formellen Anforderungen an den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Übereinkommen werden von Art. 3 lit. c HProrogÜbk 2005 festgelegt. Die dort genannten Voraussetzungen sind sowohl notwendig als auch ausreichend. Unter Umständen weitergehende Anforderungen des nationalen Rechts werden vom Übereinkommen verdrängt und müssen daher nicht beachtet werden. Insbesondere darf eine Gerichtsstandsklausel nicht deshalb missachtet werden, weil sie in einer fremden Sprache abgefasst ist, es an einer besonderen Schriftart, -stärke oder -größe fehlt oder aber eine besondere Unterschrift der Klausel zusätzlich zur Unterzeichnung des Gesamtvertrags, in dem die Klausel enthalten ist, nicht geleistet wurde[75]. Nach nationalem Recht unter Umständen wirksame Vereinbarungen aufgrund niedrigerer Formanforderungen werden dagegen unter dem Übereinkommen nicht akzeptiert.

Die Gerichtsstandsvereinbarung kann zum einen schriftlich abgeschlossen werden. Gleichgestellt werden moderne Kommunikationsformen, die es ermöglichen auf die Information später wieder zuzugreifen. E-Mail und Fax werden so mit einbezogen. Schriftlich bedeutet dabei nicht, dass die Vereinbarung auch unterschrieben sein muss. Allein der Nachweis der neben den formellen Anforderungen notwendigen materiellen Vereinbarung wird bei fehlender Unterschrift schwieriger[76].

Ausreichend ist es aber auch, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung schriftlich (oder mittels der gleichgestellten Kommunikationsformen) dokumentiert ist. Diese Alternative ist in gleicher Weise zu verstehen wie die Möglichkeit der schriftlichen Bestätigung nach Art. 23 I S 3 lit. a Alt. 2 Brüssel I-VO. Entscheidend ist

---

75 *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr. 110.
76 *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr. 112.

auch hier, dass zuvor eine materielle Einigung erzielt wurde und allein diese nachträglich durch ein einseitiges Bestätigungsschreiben dokumentiert wird[77].

c) Zeitlicher Anwendungsbereich

Gemäß Art. 16 I HProrogÜbk 2005 ist das Übereinkommen in zeitlicher Hinsicht nur anzuwenden, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen wurde, nachdem das Übereinkommen im Staat des vereinbarten Gerichts in Kraft getreten ist. Zudem muss auch das Verfahren nach diesem Zeitpunkt eingeleitet worden sein (Art. 16 II HProrogÜbk 2005).

Entscheidend ist danach in erster Linie der Abschluss der Gerichtsstandsvereinbarung. Das Übereinkommen lässt nicht bereits vor seinem Inkrafttreten abgeschlossene Vereinbarungen im Nachhinein wirksam oder unwirksam werden.

Andererseits ist das Übereinkommen auch nicht in Verfahren anwendbar, die bei Inkrafttreten bereits anhängig sind und in denen die Parteien nachträglich eine Gerichtsstandsvereinbarung (unter Umständen zugunsten des angerufenen Gerichts) treffen. Eine solche nachträgliche Vereinbarung hat insbesondere hinsichtlich der Anerkennungs- und Vollstreckungspflicht, aber auch vor sodann derogierten Gerichten keine Auswirkungen.

2. Konkurrenz zur Brüssel I-VO

Soweit sowohl der Anwendungsbereich der Brüssel I-VO und des HProrogÜbk 2005 eröffnet ist, muss geklärt werden, wie diese Konkurrenz zu lösen ist. Aus der Brüssel I-VO lässt sich hierfür nichts unmittelbar herleiten, die einschlägigen Bestimmungen zur Konkurrenz mit anderen Übereinkommen (Art. 67-72 Brüssel I-VO) enthalten keine Regelung, wie das Verhältnis der Verordnung gegenüber neuen Übereinkommen zu bestimmen ist[78]. Grundsätzlich wird man aber nach dem Spezialitätsgrundsatz dem Übereinkommen Vorrang vor der Verordnung einräumen müssen[79].

---

77 *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr. 114.

78 Rauscher/*Mankowski*, EuZPR/EuIPR (2011) Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 77.

79 Rauscher/*Mankowski*, EuZPR/EuIPR (2011) Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 77, Art. 71 Brüssel I-VO Rdnr. 4c; *Bläsi,* S. 156.

Das so grundsätzlich anwendbare HProrogÜbk 2005 verzichtet nach seinem Art. 26 VI lit. a HProrogÜbk 2005 jedoch auf die Anwendung, wenn nicht wenigstens eine Partei ihren Aufenthalt in einem Übereinkommensstaat außerhalb der EU besitzt.

Vereinbaren daher zwei Parteien mit EU-Aufenthalt die Zuständigkeit eines EU-Gerichts, ist folglich weiter die Brüssel I-VO anzuwenden[80]. Soweit eine Partei Aufenthalt in einem Drittstaat, der nicht Übereinkommensstaat ist, hat, bleibt nach hier vertretener Ansicht ebenfalls die Brüssel I-VO einschlägig. Wird in diesen Situationen ein Gericht außerhalb der EU, aber innerhalb eines Übereinkommensstaates vereinbart, so findet jedenfalls für den prorogativen Effekt die Brüssel I-VO keine Anwendung; es besteht insoweit keine Konkurrenz, so dass es unproblematisch bei der Anwendung des HProrogÜbk 2005 bleibt. Beurteilt sich aber der prorogative Effekt nach dem HProrogÜbk 2005, so wird man auch den derogativen Effekt allein nach dem Übereinkommen beurteilen müssen. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dem Bestreben des Übereinkommens, eine Gerichtsstandsvereinbarung in allen Vertragsstaaten positiv und negativ durchzusetzen, zuwiderzulaufen. Wird die Vereinbarung nach dem Übereinkommen als wirksam angesehen, soll sie nicht am nicht gewählten Gericht nach der Brüssel I-VO als unwirksam beurteilt werden. Anders als beim Verweis auf drittstaatliches Recht für den prorogativen Effekt bei Wahl eines Drittstaates steht hier in Form des Übereinkommens ein grundsätzlich vorrangiges Recht bereit, welches nur in bestimmten Fällen auf seine Anwendung verzichtet. Nur so wird vermieden, dass es zu einander widersprechenden Entscheidungen des aufgrund des HProrogÜbk 2005 wirksam vereinbarten Nicht-EU-Gerichts und des (anderenfalls nach Brüssel I-VO nicht wirksam) derogierten Gerichts kommen kann, zumal die Entscheidung des Nicht-EU-Gerichts aufgrund von Art. 8 HProrogÜbk 2005 jedenfalls anzuerkennen wäre[81].

Hat dagegen eine Partei ihren Aufenthalt in einem EU-Staat, die andere aber in einem Drittstaat, der Übereinkommensstaat ist, so kommt das HProrogÜbk 2005 zur Anwendung; Art. 23 Brüssel I-VO tritt zurück[82]. Es ist dabei ausreichend, wenn eine Anknüpfung für den Aufenthalt in Art. 4 II HProrogÜbk 2005 in den

---

80 Rauscher/*Mankowski*, EuZPR/EuIPR (2011) Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 79; *Wagner* RabelsZ 2009, 100 (138).

81 So auch Rauscher/*Mankowski*, EuZPR/EuIPR (2011) Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 80, der jedoch jedenfalls im Bereich der problematischen Versicherungssachen bei Prüfung der Zuständigkeit den derogativen Effekt nach der Brüssel I-VO beurteilt.

82 Rauscher/*Mankowski*, EuZPR/EuIPR (2011) Art. 23 Brüssel I-VO Rdnr. 79; *Kreuzer,* RabelsZ 2006, 1 (52); *Wagner,* RabelsZ 2009, 100 (137 f.); *Eichel,* RIW 2009, 289 (293).

Vertragsstaat außerhalb der EU weist. Das HProrogÜbk 2005 nimmt sich nicht bereits zurück, wenn die Parteien auch einen Aufenthalt in der EU besitzen. Es ist notwendig, dass keine Partei einen Aufenthalt in einem Nicht-EU-Vertragsstaat hat[83]. Unerheblich ist, ob sich das vereinbarte Gericht in der EU befindet oder nicht, solange es nur in einem Übereinkommensstaat liegt.

3. Zuständigkeitsfragen

a) Gewähltes Gericht

Art. 5 HProrogÜbk 2005 verpflichtet das vereinbarte Gericht grundsätzlich seine Zuständigkeit anzunehmen. Es darf die Zuständigkeit nicht mit der Begründung verweigern, dass ein Gericht eines anderen Staates entscheiden soll. *Forum non conveniens* Erwägungen werden damit zumindest im internationalen Kontext untersagt[84]. Jedoch wird auch der Einwand einer anderweitigen Rechtshängigkeit in einem anderen Staat hiermit abgewehrt. Anders als unter der Brüssel I-VO muss das gewählte Gericht in der Sache entscheiden, auch wenn die Sache bereits bei einem anderen Gericht anhängig ist und das gewählte Gericht somit Zweitgericht ist[85]. So wird ein hohes Maß an Rechtssicherheit für die Parteien erreicht[86].

Die einzige zugelassene Ausnahme von diesem Grundsatz enthält Art. 5 I letzter HS HProrogÜbk 2005: Das gewählte Gericht kann die Zuständigkeit verweigern, wenn die Vereinbarung nach seinem eigenen Recht ungültig ist. Dies schließt das IPR dieses Staates mit ein[87]. Das angerufene gewählte Gericht muss daher zunächst das Prorogationsstatut bestimmen und sodann nach dem ermittelten Recht die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung überprüfen.

b) Nicht gewähltes Gericht

Wird ein anderes als das vereinbarte Gericht in einem Vertragsstaat angerufen, so ist dieses grundsätzlich verpflichtet, das Verfahren auszusetzen oder abzuweisen (Art. 6 HProrogÜbk 2005). Auf eine bestehende Zuständigkeit nach nationalem

83 *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr. 293.
84 *Wagner,* RabelsZ 2009, 100 (119).
85 *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr. 134.
86 *Eichel,* RIW 2009, 289 (295).
87 *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr. 125; ausführlich *Bläsi,* S. 163.

Recht kommt es nicht an, das Übereinkommen verdrängt innerhalb seines Anwendungsbereichs das nationale und Europäische Zuständigkeitsrecht. Nur mittels dieser Bestimmung können Gerichtsstandsvereinbarungen effektiv ihre Wirkung entfalten.

Art. 6 HProrogÜbk 2005 definiert jedoch fünf Ausnahmen, in denen das nichtgewählte Gericht dennoch zur Annahme einer Zuständigkeit berechtigt ist. Dies ist zum einen der Fall, wenn die Vereinbarung nach dem Recht des Staates des vereinbarten Gerichts einschließlich dessen IPR ungültig ist. Die Vorschrift ist das Gegenstück zur Berechtigung des gewählten Gerichts aus Art. 5 HProrogÜbk 2005 seine Zuständigkeit abzulehnen. Zum anderen darf das angerufene, nicht gewählte Gericht eine Zuständigkeit annehmen, wenn eine Partei aufgrund dessen Recht, einschließlich des Kollisionsrechts[88], die Fähigkeit fehlte, die Vereinbarung zu schließen. Zudem wird dem nicht gewählten Gericht der *ordre public*-Vorbehalt zugestanden. Auch wenn aus außergewöhnlichen Gründen, jenseits des Einflusses der Parteien es unzumutbar ist, die Vereinbarung umzusetzen, darf das nicht gewählte Gericht eine Zuständigkeit bejahen. Schließlich wird die Sperre aufgehoben, wenn das vereinbarte Gericht entschieden hat, kein Verfahren in der Sache durchzuführen, so dass in diesem Fall eine generelle Rechtschutzverweigerung verhindert wird[89].

Literatur

Almeida Cruz, Martinho / Desantes Real, Manuel / Jenard, Paul Bericht zu dem Übereinkommen über den Beitritt des Königreichs Spanien und der Portugiesischen Republik zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zum Protokoll betreffend die Auslegung dieses Übereinkommens durch den Gerichtshof in der Fassung des Übereinkommens über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland und des Übereinkommens über den Beitritt der Republik Griechenland, Abl. EG 1990 C 189/35

Bläsi, Martin Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen, Frankfurt am Main 2010

88 *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr 150; *Bläsi* S 183.
89 *Hartley/Dogauchi*-Bericht, HProrogÜbk 2005 Rdnr 155.

Dogauchi, Masato / Hartley, Trevor Hague Conference on Private International Law, Enforcement of Judgments, Prel. Doc. No. 25, Den Haag 2004

Eichel, Florian Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30.6.2005, RIW 2009, 289-297

Geimer, Reinhold Anmerkung zu BGH 20.1.1986 – II ZR 56/85, NJW 1986, 1439-1440

Geimer, Reinhold / Schütze, Rolf (Hrsg.) Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, München 2010

Hartley, Trevor / Dogauchi, Masato Hague Conference on Private International Law, Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, Explanatory Report, Den Haag 2005

Heinze, Christian / Dutta, Anatol Ungeschriebene Grenzen für europäische Zuständigkeiten bei Streitigkeiten mit Drittstaatenbezug, IPRax 2005, 224-230

Holl, Volker Anmerkung zu *EuGH* 20.2.1997 – Rs C-106/95, RIW 1997, 418-419

Holl, Volker / Keßler, Oliver „Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft" und Einheitsrecht – Die Stellung der Handelsbräuche und Gepflogenheiten im Wiener UN-Kaufrecht, RIW 1995, 457-560

Koch, Harald Anmerkung zu *EuGH* 20.2.1997 – Rs C-106/95, JZ 1997, 841-843

Kohler, Christian Die zweite Revision des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens, EuZW 1991, 303-307

Kohler, Christian Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen: Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ, IPRax 1983, 265-272

Kreuzer, Karl Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Privatrechts, RabelsZ 2006, 1-88

Kropholler, Jan (Hrsg.) Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Auflage, Frankfurt am Main 2005

Kubis, Sebastian Gerichtspflicht durch Schweigen? – Prorogation, Erfüllungsortvereinba-rung und internationale Handelsbräuche, IPRax 1999, 10-14

Lindacher, *Walter* Schiedsklauseln und Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internationalen Handelsverkehr in: Festschrift für Walter Habscheid zum 65. Geburtstag, S. 167-175 , Bielefeld 1989

Münchener Kommentar zur ZPO, hrsg. v. Thomas Rauscher, Peter Wax, Joachim Wenzel, 3. Auflage, München 2007/2008

Nagel, Heinrich / Gottwald, Peter (Hrsg.) Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Köln 2007

Nygh, Peter / Pocar, *Fausto* Hague Conference on Private International Law, Enforcement of Judgments, Prel. Doc. No. 11, Den Haag 2000

Putzo, *Hans* Anmerkung zu AG Berlin-Charlottenburg 23.12.1974 – 7 C 785/74B, NJW 1975, 502-503

Rauscher, Thomas (Hrsg.) Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 2010

Rauscher, *Thomas* Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2009

Rauscher, *Thomas* Prorogation und Vertragsgerichtsstand gegen Rechtsscheinhaftende, IPRax 1992, 143-147

Reithmann, Christoph / Martiniy, Dieter (Hrsg.) Internationales Vertragsrecht, 7. Auflage, Köln 2010

Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010

Saenger, *Ingo* Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EuGVÜ und LugÜ, ZZP 1997, 477-498

Samtleben, *Jürgen* Art. 17 EuGVÜ und kein Ende, IPRax 1985, 261-262

Samtleben, *Jürgen* Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EWG-Übereinkommen und nach der Gerichtsstandsnovelle, NJW 1974, 1590-1596

Schack, *Haimo* Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Auflage, München 2006

Schlosser, *Peter* Bericht zu dem Übereinkommen über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordir-

land zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zum Protokoll betreffend die Auslegung dieses Übereinkommens durch den Gerichtshof, Abl. EG 1979 C 59/71

Schlosser, Peter EU-Zivilprozessrecht, 3. Auflage, München 2009

Schröder, *Jochen* Internationale Zuständigkeit, Opladen 1971

Schulz, *Andrea* The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, YB PIL 2005, 1

Staehelin, *Matthias* Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr Europas: Form und Willenseinigung nach Art. 17 EuGVÜ / LugÜ, Basel 1994

Staudinger, *Ansgar* Vertragsstaatenbezug und Rückversicherungsverträge im EuVÜ, IPRax 2000, 483-488

Staudinger, Julius (Hrsg.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage, Berlin 2002

Stein, Friedrich / Jonas, Martin ZPO, 22. Auflage, Tübingen 2002 ff.

Stöve, *Elisabeth* Gerichtsstandsvereinbarungen nach Handelsbrauch, Art. 17 EuGVÜ und § 38 ZPO, Heidelberg 1993

Thomas, Heinz / Putzo, Hans (Hrsg.) Zivilprozessordnung, 31. Auflage, München 2010

Volken, *Paul* Anmerkung zu *EuGH* 20.2.1997 – Rs C-106/95, SZIER 1998, 128

Wackenhuth, *Michael* Die Schriftform für Schiedsvereinbarungen nach dem UN-Übereinkommen und Allgemeine Geschäftsbedingungen, ZZP 1986, 445-467

Wagner, *Rolf* Das Haager Übereinkommen vom 30.6.2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen, RabelsZ 2009, 100-149

Zöller, Richard ZPO, 28. Auflage, Köln 2010

Kinga Timar

Staatenimmunität und internationale Zuständigkeit im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des EuGH

I. Einführung

In der jüngsten Vergangenheit wurde Deutschland mehrfach von Privatpersonen vor griechische staatliche Gerichte gezogen. Die Kläger, griechische Staatsangehörige, verklagten Deutschland auf Ersatz jener materiellen und immateriellen Schäden, die sie infolge verschiedener, gegen die Zivilbevölkerung begangener Kriegshandlungen der deutschen Streitkräfte während des Zweiten Weltkriegs im deutschen Besatzungsgebiet Griechenlands erlitten hatten. Eine dieser Angelegenheiten, der nach der Erstklägerin benannte *Lechouritou* Fall[1], landete am Ende im Rahmen eines von dem zweitinstanzlichen griechischen Gericht *Efeteio Patron* eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften[2].

---

1 Urteil des *EuGH* vom 15. Februar 2007, Rs. C-292/05, *Eirini Lechouritou u. a. / Bundesrepublik Deutschland*, Slg. 2007, I-1519 (im Folgenden: Urteil *Lechouritou / BRD*).

2 Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007: Der Gerichtshof der Europäischen Union.

Die Entscheidung des *EuGH* wurde in Deutschland mit großem Interesse verfolgt, mit besonderer Rücksicht darauf, dass eines der Parallelverfahren, der so genannte *Dístomo* Fall[3], vorher mit der Verurteilung Deutschlands geendet hatte und in Italien zur Einleitung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens geführt hatte[4]. Das Verfahren und die Entscheidung des *EuGH* hat in Ungarn keine besondere Aufmerksamkeit erregt, da Ungarn von der Angelegenheit nicht betroffen war. Die Ereignisse der letzten Monate zeigen aber, dass man früher oder später auch in Ungarn mit solchen, aus den im Zweiten Weltkrieg begangenen Menschenrechtsverletzungen abgeleiteten Schadensersatzklagen rechnen muss[5]. Demgemäß dürften die Schlussfolgerungen des *Lechouritou*-Falls in der Zukunft auch für Ungarn relevant sein.

In dem von dem griechischen Gericht angeregten Vorabentscheidungsverfahren ist die Frage, in welchem Verhältnis die Staatenimmunität zu der europäischen Zuständigkeitsregelung steht, zum ersten Mal vor dem *EuGH* aufgekommen. Der *EuGH* hat sich mit dieser Frage nach der Beantwortung der ersten Frage des griechischen Gerichts, die auf die Anwendbarkeit des europäischen Zuständigkeitsregimes gerichtet war, schließlich nicht beschäftigt. Im Folgenden werde ich dementsprechend in erster Linie nach einer Antwort auf diese zweite, vom *EuGH* unbeantwortet gelassene Frage suchen.

---

3 Der historische und faktuelle Hintergrund des *Dístomo* Falls ist ein Massaker, das im Zweiten Weltkrieg als Vergeltung für Partisanaktionen im deutschen Besatzungsgebiet Griechenlands von SS-Soldaten gegen die Zivilbevölkerung der Gemeinde Dístomo begangen worden ist. S. Urteil des Bezirksgerichts Livadeia vom 30. Oktober 1997, 137/1997, *Voiotia Präfektur / Bundesrepublik Deutschland*; Urteil des Obersten Gerichtshofs (*Areios Pagos*) vom 4. Mai 2000, 11/2000, *Voiotia Präfektur / Bundesrepublik Deutschland*. Nachdem das Urteil in Griechenland nicht vollgestreckt werden konnte: Beschluss des Berufungsgerichts Florenz (*Corte d'Appello di Firenze*) vom 2. Mai 2005, Nr. 308/05, über die Vollstreckbarerklärung des Urteils des *Areios Pagos*, und Beschluss vom 6. Februar / 22. März 2007, Nr. 486/2007, über die Abweisung der Berufung Deutschlands gegen den Beschluss des *Corte d'Appello di Firenze* über die Vollstreckbarerklärung des Urteils des *Areios Pagos*. Für mehr Details s. *Stürner*, Staatenimmunität und Brüssel I-Verordnung. *IPRax* 3/2008, S. 197 ff.

4 Wegen dieser „Bereitschaft" italienischer Gerichte, die Immunität von Deutschland zu ignorieren, hat sich Deutschland gegen Italien Ende 2008 an den Internationalen Gerichtshof gewandt. Das Verfahren ist immer noch anhängig [für mehr Informationen s. http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=ai&case=143&k=60 (31. Oktober 2010)].

5 S. das am 9. Februar 2010 vor dem Bezirksgericht Nord-Illinois (*U.S. District Court for the Northern District of Illiniois*, Chicago) eingeleitete Verfahren, 10-cv-00868, *Victims of the Hungarian Holocaust v. Hungarian State Railways* [at: http://www.commartrecovery.org/docs/hungary_railways.pdf (31. Oktober 2010)] und ein Weiteres, am 25. März 2010 vor demselben Gericht eingeleitetes Verfahren, 10-cv-01884, *Holocaust Victims of bank theft v. Magyar Nemzeti Bank and others* [at: http://www.commartrecovery.org/docs/hungary_banks.pdf (31. Oktober 2010)]

II. Der Lechouritou-Fall

1. Das Ausgangsverfahren

Das dem *Lechouritou*-Fall zugrunde liegende Ereignis, das so genannte „Massaker von Kalavrita", geschah im Jahre 1943 in der Gemeinde Kalavrita im deutschen Besatzungsgebiet von Griechenland. Im Herbst 1943 nahmen die in der Umgebung der Gemeinde kämpfenden Partisanen, die Mitglieder der Griechischen Volksbefreiungsarmee (*Ellinikós / Ethnikós Laikós Apelevtherotikós Stratós*; ELAS) etwa achtzig deutsche Soldaten gefangen. Daraufhin wurde auf der deutschen Seite eine Vergeltungsaktion („Unternehmen Kalavrita") angeordnet. Der Konflikt verschärfte sich im Dezember 1943, als die griechischen Partisanen, die sich infolge der vermehrten deutschen Truppenbewegungen in das Gebiet von Kalavrita plötzlich in einer Zwickmühle befanden, die festgenommenen deutschen Soldaten hinrichteten. Die Deutschen antworteten auf die Tötung ihrer Soldaten mit einer Revancheaktion gegen Kalavrita. Am 13. Dezember 1943, nachdem die Frauen und Kinder ins Schulgebäude eingeschlossen worden waren, wurden die Männer der Dorfbevölkerung auf einen Berghang oberhalb des Ortes geführt und dort mit Maschinengewehrfeuer hingerichtet[6].

Die Nachfahren der hingerichteten Bewohner von Kalavrita, sechs griechische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Griechenland, erhoben eine Zivilklage gegen Deutschland etwa fünfzig Jahre später, im Jahre 1995. In ihrer bei dem griechischen staatlichen Gericht *Polymeles Protodikeio Kalavriton* eingereichten Klageschrift verlangten die Kläger Schadensersatz für diejenigen materiellen und immateriellen Schäden, die ihnen durch den Verlust ihrer Vorfahren infolge des Massakers entstanden waren.

Das Gericht der ersten Instanz wies die Klage mit der Begründung ab, dass der verklagte deutsche Staat Immunität genieße und deshalb die griechischen Gerichte keine Zuständigkeit für die Entscheidung des Rechtsstreits hätten. Die unzufriedenen Kläger legten gegen die Entscheidung des *Polymeles Protodikeio Kalavriton* im Januar 1999 Berufung ein. Das Berufungsgericht *Efeteio Patron* setzte zunächst das Verfahren aus, um die Entscheidung des Obersten Sondergerichts *Anotato Eidiko Dikastirio* in einer ähnlichen Angelegenheit abzuwarten[7]. In dem Parallelverfahren

---

6 At: http://www.bbc.co.uk/ww2peopleswar/stories/37/a3206837.shtml (31. Oktober 2010).

7 Urteil des *Anotato Eidiko Dikastirio* vom 17. September 2002, 6/17-9-2002, *Margellos / Bundesrepublik Deutschland.*

musste nämlich das oberste Sondergericht über die Auslegung und Qualifizierung bestimmter völkerrechtlicher Regeln über die Staatenimmunität entscheiden. Das *Anotato Eidiko Dikastirio*, das für den Erlass verbindlicher Stellungnahmen über völkerrechtliche Fragen in Griechenland ausschließlich zuständig ist, kam zu einer Entscheidung im Parallelverfahren im Jahre 2002. In seiner Entscheidung stellte es fest, dass nach dem aktuellen Stand des Völkerrechts weiterhin der allgemeine Grundsatz gelte, nach dem eine Schadensersatzklage gegen einen Staat vor den Gerichten eines anderen Staates wegen rechtswidriger Handlungen, die im Hoheitsgebiet des Gerichtsstaates begangen worden seien und an denen die Streitkräfte des verklagten Staates in irgendeiner Weise in Friedens- oder Kriegszeiten beteiligt gewesen seien, unzulässig sei.

Da die Entscheidungen des *Anotato Eidiko Dikastirio* jedes staatliche Organ von Griechenland binden, konnte das *Efeteio Patron* nichts anderes tun als festzustellen, dass die Immunität, die Freiheit von der griechischen Gerichtsbarkeit, dem deutschen Staat auch im *Lechouritou*-Fall zustehe. Stattdessen setzte aber das *Efeteio Patron* das Verfahren erneut aus und wandte sich für eine Vorabentscheidung an den *EuGH*[8].

2. Das Vorabentscheidungsverfahren

Die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Vorabentscheidungsverfahrens wurde im *Lechouritou*-Fall dadurch eröffnet, dass sich die Kläger im Ausgangsverfahren auf das Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (im Folgenden: EuGVÜ oder das Übereinkommen)[9] beriefen, um die internationale Zuständigkeit der griechischen Gerichte zu begründen. Der *EuGH* ist für die Auslegung der völkerrechtlichen Verträge, die die Mitgliedstaaten, entweder miteinander oder mit Drittstaaten, abschließen, grundsätzlich nicht zuständig. Die Zuständigkeit, das EuGVÜ im Rahmen eines Vorabentscheidungs-

---

8 Zum Ausgangsverfahren s. Urteil *Lechouritou / BRD*, Rdnrn. 9-14.

9 Die konsolidierte Fassung des EuGVÜ zusammen mit den Beitrittsübereinkommen wurde zum letzten Mal im Jahre 1998 offiziell veröffentlicht [ABl. C 27, 26.01.1998, S. 1 ff.; at:http://eur-lex.europa.eu/jo .html.do?uri=oj.c.1998.027.som.de.html; (31. Oktober 2010)].

verfahrens für alle Vertragsstaaten verbindlich auszulegen, wurde dem *EuGH* erst durch das sogenannte Luxemburger Protokoll[10] vom 3. Juni 1971 zugewiesen.

Obwohl Ungarn mit seinem Beitritt zur Europäischen Union nicht Vertragsstaat des EuGVÜ geworden ist, ist die seit dem Inkrafttreten des Luxemburger Protokolls ausgearbeitete Rechtsprechung des *EuGH* zu dem Übereinkommen auch für Ungarn maßgeblich. Die Vorschriften des EuGVÜ stimmen nämlich mit denen der Verordnung Nr. 44/2001/EG des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22. Dezember 2000 (im Folgenden: EuGVVO[11] nahezu vollständig überein. Folglich sind die Auslegungs- und Anwendungsleitlinien, die der *EuGH* zum EuGVÜ ausgearbeitet hat, nach der Rechtsprechung des *EuGH* auch für die entsprechenden Vorschriften der EuGVVO maßgeblich. Dies führt dazu, dass die Entscheidungen des *EuGH* zum EuGVÜ bei der Anwendung der EuGVVO, die in Ungarn seit dem 1. Mai 2004 unmittelbar anzuwenden ist, auch von den ungarischen Gerichten beachtet werden müssen. Im Falle einer dem *Lechouritou*-Fall ähnlichen Angelegenheit hätte also ein ungarisches Gericht die Entscheidung des *EuGH* genauso zu berücksichtigen wie im konkreten Fall das griechische *Efeteio Patron*.

Die Kläger des *Lechouritou*-Falls beriefen sich auf Art. 5 Nrn. 3 und 4 EuGVÜ, die neben der allgemein geltenden Zuständigkeitsvorschrift in Art. 2 I EuGVÜ alternativ anzuwendende besondere Zuständigkeitsregeln enthalten, und dem Kläger in Schadensersatzsachen die Möglichkeit einräumen, den Beklagten in einem anderen Vertragsstaat als dem Staat, in dessen Hoheitsgebet der Beklagte seinen Wohnsitz (Sitz) hat, zu verklagen. Die von den Klägern herangezogenen Vorschriften des EuGVÜ lauten wie folgt:

„Art. 5. Eine Person, die ihrem Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, kann in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden, […]

3. wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Hand-

---

10 Luxemburger Protokoll betreffend die Auslegung des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen durch den Gerichtshof. At: http://www.euzpr.eu/eudocs/01prozessr/10zivilhandelsr/01brusseliu/brusseliu-091-prot1971_en.pdf (31. Oktober 2010).

11 ABl. L 12, 06.01.2001, S. 1 ff.

lung den Gegenstand des Verfahren bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist;

4. wenn es sich um eine Klage auf Schadensersatz oder auf Wiederherstellung des früheren Zustands handelt, die auf eine mit Strafe bedrohte Handlung gestützt wird, vor dem Strafgericht, bei dem die öffentliche Klage erhoben ist, soweit dieses Gericht nach seinem Recht über zivilrechtliche Ansprüche erkennen kann; […]"

Das zweitinstanzliche Gericht *Efeteio Patron* hat dem *EuGH* in seinem Vorabentscheidungsersuchen die folgenden zwei Fragen vorgelegt[12]:

1. „Fallen in den sachlichen Anwendungsbereich gemäß Art. 1 des Brüsseler Übereinkommens Schadensersatzklagen, die von natürlichen Personen gegen einen Vertragsstaat als zivilrechtlich Verantwortlichen für Handlungen oder Unterlassungen seiner Streitkräfte erhoben werden, wenn diese Handlungen oder Unterlassungen während der militärischen Besetzung des Wohnstaates der Kläger nach einem von dem Beklagten geführten Angriffskrieg geschehen sind und sich in offensichtlichem Widerspruch zum Kriegsrecht befinden und auch als Verbrechen gegen die Menschlichkeit angesehen werden können?"

Zusammenfassend: Erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich des EuGVÜ auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus solchen Kriegshandlungen, die von den Streitkräften eines Vertragsstaates in einem anderen Vertragsstaat begangen worden sind?

2. „Ist die Berufung des beklagten Staates auf die Einrede der Immunität mit dem System des Brüsseler Übereinkommens mit der Folge vereinbar, dass, wenn diese Frage bejaht wird, die Anwendung des Übereinkommens automatisch ausgeschlossen wird, und zwar für Handlungen und Unterlassungen der Streitkräfte des Beklagten, die vor dem Inkrafttreten dieses Übereinkommens, d. h. in den Jahren 1941 bis 1944, geschehen sind?"

Zusammenfassend: Was ist das Verhältnis zwischen der Staatenimmunität und dem Zuständigkeitssystem des EuGVÜ?

12 Vgl. Urteil *Lechouritou / BRD* Rdnr. 16.

III. Der sachliche Anwendungsbereich des EuGVÜ im Lichte des Lechouritou-Falls

Der sachliche Anwendungsbereich des EuGVÜ erstreckt sich auf Zivil- und Handelssachen (im Folgenden zusammenfassend: Zivilsachen). Nach der ständigen Rechtsprechung des *EuGH* müssen die im EuGVÜ angewendeten Rechtsbegriffe zur Sicherung der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Übereinkommens autonom interpretiert werden[13]. Das bedeutet, dass man bei der Auslegung der Rechtsbegriffe im EuGVÜ nicht auf irgendeine nationale Rechtsordnung zurückgreifen darf, einschließlich des Rechts, das ansonsten auf den Fall bzw. auf die konkrete Rechtsfrage anzuwenden wäre. Man muss vielmehr auf die Zielsetzungen und die Systematik des Übereinkommens sowie auf die allgemeinen Grundsätze abstellen, die sich aus der Gesamtheit der Rechtsordnungen der Vertragsstaaten ergeben, d.h. tendenziell in allen betroffenen Rechtsordungen anwesend sind[14].

Bei der Abgrenzung der Zivilsachen von den vom sachlichen Anwendungsbereich des EuGVÜ ausgeschlossenen „Nicht-Zivilsachen" sind folglich die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien und der Gegenstand des Rechtsstreits als maßgeblich zu betrachten[15]. Es ist aber auch entscheidend, ob eine der Parteien ein Vertragsstaat oder ein Organ eines Vertragsstaates ist. Obwohl die Staaten und ihre Organe nicht nur an öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen, sondern auch an privatrechtlichen Rechtsverhältnissen beteiligt sein können, kommt die Frage, ob eine Angelegenheit, die auf den ersten Blick eine Zivilsache ist, z.B. die Durchsetzung eines Anspruchs auf Zahlung einer bestimmten Summe, tatsächlich als Zivilsache zu qualifizieren ist, meistens im Falle der Beteiligung eines Staates oder eines staatlichen Organs an dem konkreten Rechtsverhältnis auf. Nach der

---

13 S. u.a. – aus den früheren Zeiten – Urteil des *EuGH* vom 6. Oktober 1976, Rs. 12/76, *Industrie Tessili Italiana Como / Dunlop AG*, Slg. 1976, 1473, Rdnrn. 9 ff.; Urteil des *EuGH* vom 24. Oktober 1976, Rs. 29/76, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG / Eurocontrol*, Slg. 1976, 1541 (im Folgenden: Urteil *LTU / Eurocontrol*), Rdnr. 3; und von der späteren Rechtsprechung: Urteil des *EuGH* vom 13. Juli 1993, Rs. C-125/92, *Mulox IBC Ltd / Hendrick Geels*, Slg. 1993, I-4075, Rdnrn. 10 ff.; Urteil des *EuGH* vom 28. September 1999, Rs. C-440/97, *GIE Groupe Concorde u. a. / Kapität des Schiffes „Suhadiwarno Panjan" u.a.*, Slg. 1999, I-6307, Rdnr. 11; Urteil des *EuGH* vom 8. November 2005, Rs. C-443/03, *Götz Leffler / Berlin Chemie AG*, Slg. 2005, I-9611, Rdnrn. 45 ff.

14 Zur autonomen Auslegung s. *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, S. 149 ff.; Wopera/Wallacher/*Köblös*, Polgári Eljárásjogi Szabályok az Európai Unió jogában S. 49.

15 S. unter anderem Urteil *LTU / Eurocontrol*, Rdnrn. 3 u. 5; Urteil des *EuGH* vom 16. Dezember 1980, Rs. 814/79, *Staat der Niederlande / Reinhold Rüffer*, Slg. 1980, 3807, Rdnr. 7; Urteil des *EuGH* vom 15. Mai 2003, Rs. C-266/01, *Préservatrice foncière TIARD / Staat der Niederlande*, Slg. 2003, I-4867, Rdnr. 20.

Rechtsprechung des *EuGH* sind diejenigen Rechtsstreite, die sich aus der Wahrnehmung einer hoheitlichen Befugnis durch eine der Parteien ergeben, nicht als Zivilsachen anzusehen. Diese Befugnisse weichen nämlich von den im Verhältnis zwischen Privatpersonen geltenden allgemeinen Regeln ab, indem sie eindeutig mit der staatlichen Qualität verknüpft sind und von Privatpersonen normalerweise nicht ausgeübt werden können[16].

Der *EuGH* hat den *Lechouritou*-Fall bzw. die in der ersten Frage des griechischen Berufungsgerichts bestimmten Schadensersatzsachen nicht als Zivilsachen qualifiziert. Somit hat der *EuGH* die erste Frage mit Rücksicht auf seine früheren Entscheidungen dahingehend beantwortet, dass die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus den von Streitkräften der Vertragsstaaten begangenen Kriegshandlungen vom sachlichen Anwendungsbereich des EuGVÜ nicht erfasst sei[17].

Nach dem Standpunkt des *EuGH* hätten die deutschen Streitkräfte durch ihre Kriegshandlungen während der Besatzung von Griechenland die Hoheitsrechte des Deutschen Staates ausgeübt, dementsprechend seien die von den Klägern geltend gemachten Schäden infolge der Ausübung der staatlichen Hoheitsgewalt eingetreten. Die Operationen der staatlichen Streitkräfte würden einen typischen und charakteristischen Ausdruck der Souveränität darstellen, mit besonderer Rücksicht darauf, dass sie von den zuständigen staatlichen Behörden einseitig und zwingend beschlossen worden seien und mit der Außen- und Verteidigungspolitik von Staaten untrennbar verknüpft seien[18].

IV. Völkerrechtliche Bezüge des Lechouritou-Falls

Nachdem der *EuGH* die erste Frage des *Efeteio Patron* verneint hatte, beschäftigte er sich nicht mehr mit der zweiten Frage des griechischen Gerichts[19]. Zur Beantwortung der zweiten Frage über das Verhältnis zwischen der Staatenimmunität und dem Zuständigkeitssystem des EuGVÜ ist unbedingt notwendig, einige völ-

---

16 S. unter anderem *LTU / Eurocontrol*, Rdnr. 4; Urteil des *EuGH* vom 21. April 1993, Rs. C-172/91, *Volker Sonntag / Hans Waidmann, Elisabeth Waidmann and Stefan Waidmann*, Slg. 993, I-1963, Rdnrn. 20 ff.; Urteil des *EuGH* vom 1. Oktober 2002, Rs. C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation / Karl Heinz Henkel*, Slg. 2002, I-8111, Rdnrn. 25 ff.

17 Vgl. Urteil *Lechouritou / BRD*, Rdnrn. 35 ff.

18 Vgl. Urteil *Lechouritou / BRD*, Rdnrn. 37-38.

19 Vgl. Urteil *Lechouritou / BRD*, Rdnr. 47.

kerrechtliche Grundbegriffe und vor allem den Begriff der Staatenimmunität und der Gerichtsbarkeit klarzustellen.

1. Staatenimmunität und Gerichtsbarkeit im Völkerrecht

Die Staatenimmunität ist ein seit mehreren Jahrhunderten geltendes, grundlegendes Prinzip des Völkergewohnheitsrechts[20]. Die Staatenimmunität – im engeren Sinne – bedeutet die Freiheit eines Staates von der Gerichtsbarkeit anderer Staaten[21], die sich auf die Souveränität, die souveräne Gleichheit und Unabhängigkeit der Staaten und auf das Prinzip *„par in parem non habet imperium (iurisdictionem)"* (Gleiche haben über Gleiche keine Macht, Recht zu sprechen) zurückzuführen ist[22]. Wenn ein Staat über einen anderen Staat Recht sprechen kann, übt er Macht über diesen aus, was mit der Idee der Gleichheit und Nebengeordnetheit der Staaten, die in der staatlichen Souveränität zum Ausdruck kommt, kaum vereinbar ist. Die Immunität dient dazu, die Über- und Untergeordnetheit der Staaten zu vermeiden und dadurch die Häufigkeit der zwischenstaatlichen Auseinandersetzungen zu vermindern, um letztlich die Ungestörtheit der internationalen Beziehungen zu sichern[23].

Die Staaten als Völkerrechtssubjekte genießen also Freiheit von der Gerichtsbarkeit anderer Staaten. Die Gerichtsbarkeit als völkerrechtliche Kategorie stellt einen sehr wichtigen Bestandteil der obersten Hoheitsgewalt des Staates dar. Diese Hoheitsgewalt oder mit anderen Worten die innere Souveränität bedeutet die Befugnis eines Staates, Personen und Dinge (Vermögensgegenstände) seinen Hoheitsakten zu unterwerfen. Als hoheitliches Handeln des Staates gelten die Rechtssetzung (Legislative), die Rechtsprechung (Judikative) und die Rechtsvollziehung (Exekutive)[24]. Die Gerichtsbarkeit im völkerrechtlichen Sinne[25] ist nichts anderes als die rechtsprechende Gewalt des Staates, d.h. die Judikative.

---

[20] *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, S. 254.

[21] *Shaw*, Nemzetközi jog, S. 565.

[22] *Stürner*, Staatenimmunität und Brüssel I-Verordnung, *IPRax* 3/2008, S. 200.

[23] *Alderton*, Immunity for heads of state acting in their private capacity, *ICLQ* 58 (2009), S. 711.

[24] *Shaw*, Nemzetközi jog, S. 521 f. u. 525 f.; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, S. 183 ff.

[25] Im deutschen Recht hat die Gerichtsbarkeit auch eine andere, gerichtsverfassungsrechtliche Bedeutung (s. die ordentliche bzw. die außerordentliche Gerichtsbarkeit, d.h. die Zivil- und die Strafgerichtsbarkeit bzw. die Verwaltungs-, die Sozial-, die Finanz- und die Ar-

Die innere Souveränität des Staates und dadurch auch die Gerichtsbarkeit erstrecken sich grundsätzlich nur auf das eigene Staatsgebiet (territoriale Souveränität)[26]. Solange eine Person oder ein Vermögensgegenstand nur mit dem Gebiet eines einzigen Staates verbunden ist, wirft die Tatsache, dass der allein betroffene Staat von seiner Befugnis, in Bezug auf die konkrete Angelegenheit Recht zu setzen, Recht zu sprechen und das gesetzte und ausgesprochene Recht zu vollziehen, Gebrauch macht, keine völkerrechtlichen Probleme auf, denn die Angelegenheit hat keinen internationalen grenzüberschreitenden Bezug und betrifft keinen anderen Staat. Die Grenzen der Ausübung der staatlichen Hoheitsgewalt und dabei auch die Grenzen der Gerichtsbarkeit müssen in solchen Fällen gezogen und klargestellt werden, in denen ein Staat seine Hoheitsrechte mit der Beeinträchtigung der Hoheitsrechte eines anderen Staates ausübt. Dies ist der Fall, wenn die Angelegenheit auch mit dem Gebiet eines anderen Staates verbunden ist, das heißt, wenn die Angelegenheit einen grenzüberschreitenden Bezug (Auslandsbezug) aufweist.

Der Staat ist von der Rechtsordnung anderer Staaten grundsätzlich nicht befreit. Das hat zur Folge, dass der Staat die Rechtsvorschriften anderer Staaten beachten muss, wenn diese auf die von ihm ausgeübten Tätigkeit ansonsten anzuwenden und dafür maßgeblich sind[27]. Demgemäß bedeutet die Staatenimmunität im weiteren Sinne die Befreiung der Staaten von der Gerichtsbarkeit und der vollziehenden Gewalt anderer Staaten. Die bloße Tatsache, dass der Staat auf die Rechtsvorschriften anderer Staaten Rücksicht nehmen muss, beeinträchtigt nicht die Souveränität des Staates. Die Verletzung der Souveränität droht erst dann, wenn die Rechtsordnung eines anderen Staates gegenüber dem Staat durch Rechtsprechung und letzten Endes auch durch Vollziehung durchgesetzt werden kann. Obwohl in einigen mit dem *Lechouritou*-Fall parallel laufenden Angelegenheiten[28] auch die Vollstreckungsimmunität in Betracht gekommen ist, mussten sich die zuständigen Gerichte im *Lechouritou*-Fall nur mit der Immunität Deutschlands von der griechischen Gerichtsbarkeit beschäftigen. Dementsprechend werde ich im Folgenden auf diesen letzteren Aspekt der Staatenimmunität, auf die Staatenimmunität im engeren Sinne, eingehen.

---

beitsgerichtsbarkeit, und schließlich die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland und in den Bundesländern).

26 In Zusammenhang mit der rechtsprechenden Gewalt s. *Rosenberg/Schwab,* Zivilprozessrecht, S. 84.

27 Die Befreiung der Staaten von der „materiellen Rechtsordnung" anderer Staaten würde zu einem „rechtsfreien Raum" führen. *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, S. 293.

28 S. z.B. den Dístomo Fall, Fußn. 3.

Falls eine der am Rechtsstreit beteiligten Parteien ein ausländischer Staat oder ein ausländisches staatliches Organ ist, und insbesondere in solchen Fällen, in denen der Staat oder das Staatsorgan als Beklagter betroffen ist, ist nicht nur und nicht in erster Linie der Auslandsbezug der Angelegenheit entscheidend, vielmehr die staatliche Qualität des Beklagten.

Wenn man das Verhältnis zwischen der Immunität und der Gerichtsbarkeit genau beschreiben will, darf man nicht außer Acht lassen, dass sowohl die Gerichtsbarkeit als auch die Immunität aus der staatlichen Souveränität abgeleitet wird[29].

- Die Immunität ist der Anspruch des Staates darauf, dass seine Souveränität von anderen Staaten beachtet wird, d.h., dass über ihn vor und von den Gerichten der anderen Staaten nicht Recht gesprochen wird;
- die Gerichtsbarkeit ist der souveräne Anspruch anderer Staaten, im konkreten Fall der Anspruch des Staates des angerufenen Forums, darauf, durch ihre Gerichte auf ihrem eigenen Staatsgebiet Recht zu sprechen, unabhängig davon, ob ein ausländischer Staat von der Angelegenheit betroffen ist.

Die Frage, welcher der beiden souveränen Ansprüche Vorrang haben soll, d.h., ob der Staat vor den Gerichten eines ausländischen Staates verklagt werden kann, wurde in den vergangenen Jahrhunderten unterschiedlich beantwortet.

Nach der ursprünglichen Auffassung der Immunität, d.h. nach dem Grundsatz der sogenannten absoluten Immunität, sind alle Handlungen des Staates von der Gerichtsbarkeit anderer Staaten ausgenommen[30]. Die absolute Immunität hatte seinen Ursprung in der uneingeschränkten Macht, in der „Omnipotenz", des souveränen Landesherrn, des absoluten Monarchen[31]. Während aber der Monarch nicht nur von der Gerichtsbarkeit anderer Staaten befreit war, sondern auch über seinen eigenen Gerichten und Gesetzen stand, gewährte das völkergewohnheitsrechtliche Prinzip der absoluten Immunität nur Freiheit von der Gerichtsbarkeit ausländischer Staaten.

Als der Staat mit den entwickelten Wirtschaftsformen immer stärker in den internationalen Handelsverkehr und in das internationale Wirtschaftsleben einbezogen wurde, wurde es langsam nicht mehr vertretbar, dass die Vertragspartner des Staates ihre privatrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Staat vor ausländischen Ge-

[29] *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, S. 254.

[30] *Shaw*, Nemzetközi jog, S. 568 ff.; *Mádl-Vékás*, Nemzetközi magánjog és nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga, S. 152 f.

[31] *Geimer,* Internationales Zivilprozessrecht, S. 261; *Shaw*, Nemzetközi jog, S. 566.

richten nicht durchsetzen konnten[32].. Dies hat schließlich dazu geführt, dass der Grundsatz der absoluten Immunität allmählich obsolet geworden ist und ein neues völkergewohnheitsrechtliches Prinzip entstanden ist: Die Lehre der beschränkten oder relativen Immunität. Nach dem Grundsatz der relativen Immunität sind nur die souveränen Handlungen, lateinisch: *acta iure imperii,* des Staates von der Gerichtsbarkeit anderer Staaten befreit. Die nicht hoheitlichen Handlungen, lateinisch: *acta iure gestionis,* sind dagegen der rechtsprechenden Gewalt ausländischer Staaten unterworfen[33].

Heutzutage gilt zwar der Grundsatz der relativen Immunität, aber die Grenze zwischen den *iure imperii* und *iure gestionis* Handlungen sowie die Reichweite jener staatlichen Handlungen, die trotz ihrer hoheitlichen, souveränen Natur von dem Anwendungsbereich der Staatenimmunität nicht erfasst sind, ändert sich ständig. Die zurzeit allgemein akzeptierten Abgrenzungsmerkmale stimmen mit den vom *EuGH* zur Auslegung des sachlichen Anwendungsbereichs des EuGVÜ angewendeten Kriterien vollkommen überein: In erster Linie ist auf die Natur der Handlung, des Rechtsverhältnisses abzustellen, und erst dann auf das mit der Handlung, mit dem Rechtsverhältnis verfolgte Ziel. Wenn die Handlung von ihrer Natur her auch von Privaten vorgenommen werden kann (z.B. der Kauf eines Grundstücks, für welchen Zweck auch immer, oder der Betrieb eines Atomkraftwerks zur Energieproduktion usw.), ist sie als eine *iure gestionis* Handlung zu qualifizieren, die eine Ausnahme von der Staatenimmunität darstellt. Wenn eine Handlung mit der staatlichen Qualität und der Ausübung der staatlichen Hoheitsgewalt untrennbar verknüpft ist (z.B. Rechtsetzung oder Kriegshandlungen), geht es um eine *iure imperii* Handlung, auf die sich die Staatenimmunität erstreckt[34].

2. Staatenimmunität und Gerichtsbarkeit im Lechouritou-Fall

Obwohl der *EuGH* nicht dazu gekommen ist, sich mit der Immunität des verklagten Staates, Deutschland im Forumstaat vor den griechischen Gerichten zu beschäftigen und das Verhältnis der Staatenimmunität zu der europäischen Zustän-

32 *Alderton,* Immunity for heads of state acting in their private capacity, *ICLQ* 58 (2009), S. 702.; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, S. 256; *Shaw*, Nemzetközi jog, S. 571.

33 *Stürner,* Staatenimmunität und Brüssel I-Verordnung, *IPRax* 3/2008, S. 200; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, S. 255 ff.; *Shaw,* Nemzetközi jog, S. 571 ff.

34 *Geimer,* Internationales Zivilprozessrecht, S. 262 ff.; *Shaw,* Nemzetközi jog, S. 574 ff; *Alderton,* Immunity for heads of state acting in their private capacity, *ICLQ* 58 (2009), S. 709.

digkeitsregelung klarzustellen, stand im Mittelpunkt des griechischen Ausgangsverfahrens gerade die Immunitätsproblematik[35].

Aufgrund der klassischen Lehre der relativen Immunität ist das erstinstanzliche Gericht *Polymeles Protodikeio Kalavriton* zurecht zu der Schlussfolgerung gekommen, dass Deutschland vor den griechischen Gerichten für die Schäden, die aus den von den deutschen Streitkräften während des Zweiten Weltkriegs in Griechenland vorgenommenen Kriegshandlungen entstanden sind, Immunität genieße. Diese Kriegshandlungen sind nämlich eindeutig hoheitlich[36]. Private können ja keinen Krieg gegen einen (anderen) Staat führen, das Gebiet des Staates besetzen und während der Besatzung militärische Operationen durchführen. Somit sind diese Handlungen mit der staatlichen Qualität und der Ausübung der Staatsgewalt untrennbar verbunden.

Die Entscheidung des *Polymeles Protodikeio Kalavriton* wurde dann auch von dem Obersten Sondergericht *Anotato Eidiko Dikastirio* bestätigt[37]. In dem Parallelverfahren musste das *Anotato Eidiko Dikastirio* vor allem zu der Frage Stellung nehmen, ob die Ausnahme von der Immunität in Art. 11 des Baseler Europäischen Übereinkommens über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972 (im Folgenden: EuStImmÜ)[38], die sogenannte *tort exception,* als allgemein anerkannte Regel des Völkerrechts, d.h. als eine völkergewohnheitsrechtliche Regel[39], anzusehen ist. Art. 11 EuStImmÜ lautet wie folgt:

---

35 Das erstinstanzliche Gericht *Polymeles Protodikeio Kalavriton* wies die Klage aufgrund der Immunität Deutschlands ab, und das *Efeteio Patron* setzte das Verfahren zum ersten Mal auch mit dem Zweck aus, die Entscheidung des *Anotato Eidiko Dikastirio* über die Immunitätsfrage abzuwarten. Vgl. Urteil *Lechouritou / BRD*, Rdnrn. 11 ff.

36 *Geimer*, Los Desastros de la Guerra und das Brüssel I-System, *IPRax* 3/2008, S. 226.

37 S. Margellos Fall, Fußn. 7.

38 Die offiziellen Sprachen des EuStImmÜ sind Englisch und Französisch [die englische Fassung ist zugänglich at: http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/074.htm (31. Oktober 2010)]. Die deutsche Fassung des EuStImmÜ ist in *Jayme-Hausmann,* Internationales Privat- und Verfahrensrecht, S. 333 ff.

39 Aufgrund des Urteils des *EuGH* (Rdnrn. 12-13) ist es nicht eindeutig, ob man unter dem Ausdruck „allgemein anerkannte Regel des Völkerrechts“ (in der englischsprachigen Fassung des Urteils: „*generally recognised rule of international law*“) eine Regel des Völkergewohnheitsrechts („*international custom*“) oder einen von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsatz („*a general principle of law recognized by civilized nations*“) im Sinne der „offiziellen“ Liste der völkerrechtlichen Rechtsquellen in Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945 verstehen soll. In Zusammenhang mit der Immunität, die selbst ein völkergewohnheitsrechtlicher Grundsatz ist, muss der Ausdruck richtig als „eine Regel des Völkergewohnheitsrechts“ interpretiert werden.

„Ein Vertragsstaat kann vor einem Gericht eines anderen Vertragsstaates Immunität von der Gerichtsbarkeit nicht beanspruchen, wenn das Verfahren den Ersatz eines Personen- oder Sachschadens betrifft, das schädigende Ereignis im Gerichtsstaat eingetreten ist und der Schädiger sich bei Eintritt des Ereignisses in diesem Staat aufgehalten hat."

Die Frage war von besonderer Bedeutung mit Rücksicht darauf, dass Griechenland, ebenso wie Ungarn, nicht Vertragsstaat des EuStImmÜ ist. Folglich wäre die zitierte Vorschrift des EuStImmÜ auf die Gerichtsbarkeit von Griechenland bzw. auf die Immunität Deutschlands vor der griechischen Gerichtsbarkeit nur dann anwendbar, wenn sie sich inzwischen zu einer völkergewohneheitsrechtlichen Regel entwickelt hätte oder zumindest als ein „von den Kulturvölkern anerkannter allgemeiner Rechtsgrundsatz"[40] gälte. Das *Anotato Eidiko Dikastirio* hat dagegen festgestellt, dass die in Art. 11 EuStImmÜ verankerte Regel zurzeit noch keine allgemein anerkannte Regel des Völkerrechts darstelle, und dass ausländische Staaten im Falle von Schadensersatzklagen wegen rechtswidriger Handlungen, die in Griechenland in Friedens- oder Kriegszeiten von ihren Streitkräften begangen worden seien, als Beklagte vor den griechischen Gerichten Immunität genössen[41].

Aufgrund einer anderen Vorschrift des EuStImmÜ, die von den griechischen Gerichten anscheinend außer Acht gelassen worden ist, kommt man allerdings zu demselben Ergebnis. Art. 31 EuStImmÜ schränkt nämlich die Anwendbarkeit von Art. 11 EuStImmÜ erheblich ein:

„Dieses Übereinkommen berührt nicht die Immunitäten oder Vorrechte, die ein Vertragsstaat für alle Handlungen oder Unterlassungen genießt, die von seinen Streitkräften oder im Zusammenhang mit diesen im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaates begangen werden."

Die dem Massaker von Kalavrita ähnlichen Kriegshandlungen sind also nicht einmal nach dem EuStImmÜ von dem Anwendungsbereich der Staatenimmunität ausgenommen. Art. 11 EuStImmÜ muss systematisch in Verbindung mit Art. 31 EuStImmÜ ausgelegt werden, da Art. 31 EuStImmÜ den Anwendungsbereich

---

40 S. Art. 38 I lit. c) des Statuts des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945.

41 S. Urteil *Lechouritou / BRD*, Rdnr. 13; Vgl. *Stürner*, Staatenimmunität und Brüssel I-Verordnung, *IPRax* 3/2008, S. 201; Dieser Standpunkt des *Anotato Eidiko Dikastirio* kann mit mehreren neueren Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte unterstützt werden: Urteil des EGMR vom 21. November 2001, 31253/96, *McElhinney / Irland*, EuGRZ 2002, 415; Urteil des EGMR vom 21. November 2001, 35763/97, *Al-Adsani / Vereinigtes Königreich*, EuGRZ 2002, 403.

von Art. 11 EuStImmÜ bestimmt. Das hat zur Folge, dass Deutschland auch in dem Fall Immunität genossen hätte, wenn Art. 11 EuStImmÜ inzwischen Völkergewohnheitsrecht geworden wäre. Art. 11 EuStImmÜ hätte sich nämlich wahrscheinlich zusammen mit Art. 31 EuStImmÜ zu einer „allgemein anerkannter Regel des Völkerrechts" entwickelt.

Die Tatsache, dass eventuelle Änderungen des Völkergewohnheitsrechts nach dem Zweiten Weltkrieg und somit etwaige Änderungen nach dem Massaker von Kalavrita im Jahre 1943 bei der Beurteilung der Gerichtsbarkeit der Forumstaaten im Falle von Schadensersatzklagen aus solchen Handlungen nicht berücksichtigt werden können, spricht ebenfalls für Deutschlands Immunität[42]. Auch für die Regeln des Völkergewohnheitsrechts gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass man die Regel nur dann rückwirkend anwenden kann, wenn die Rückwirkung von der Regel selbst eindeutig festgestellt werden kann, d.h., wenn die Rückwirkung Bestandteil der Norm ist. Das EuStImmÜ enthält aber keinen Hinweis auf etwaige Rückwirkung von Art. 11 EuStImmÜ. Ganz im Gegenteil: nach Art. 35(3) EuStImmÜ ist das Übereinkommen nur auf solche Verfahren und Entscheidungen anzuwenden, die Handlungen, Unterlassungen und Tatbestände aus der Zeit, nachdem das Übereinkommen zur Unterzeichnung aufgelegt worden ist, zum Gegenstand haben. Demgemäß hätte die in Art. 11 EuStImmÜ festgelegte Regel wahrscheinlich auch dann keine Rückwirkung, wenn sie sich von einer völkervertraglichen Vorschrift in eine Regel des Völkergewohnheitsrechts umgewandelt hätte. Folglich könnte Deutschland in Griechenland wegen der von seinen Streitkräften in Kalavrita begangenen Menschenrechtsverletzungen nicht einmal in dem Fall verklagt werden, wenn sich Art. 11 EuStImmÜ im Laufe der seit dem Zweiten Weltkrieg vergangenen sechs Jahrzehnte zum Völkergewohnheitsrecht entwickelt hätte[43].

In der mit dem *Lechouritou*-Fall parallel laufenden Angelegenheit musste also das *Anotato Eidiko Dikastirio* darüber entscheiden, ob der Regelungsinhalt von Art. 11 EuStImmÜ Teil des Völkergewohnheitsrechts ist. Neben dem *tort exception* Prinzip gibt es aber auch eine andere völkerrechtliche Entwicklungstendenz zur Einschränkung der Staatenimmunität für hoheitliche Handlungen: Die immer mehr

42 *Stürner*: Staatenimmunität und Brüssel I-Verordnung, *IPRax* 3/2008, S. 202.

43 Aufgrund des neuen, noch nicht in Kraft getretenen New Yorker UN Übereinkommens über die Immunitäten der Staaten und ihres Vermögens vom 4. Dezember 2004 (*United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*) kommt man zu demselben Ergebnis, wie aufgrund des EuStImmÜ. Die englische Fassung des Übereinkommens ist zugänglich at: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf (31. Oktober 2010).

verbreitete, jedoch immer noch ziemlich sporadisch erscheinende Idee der Verwirkung der Immunität im Falle schwerer Menschenrechtsverletzungen. Es gibt wohl nationale Gerichte, die dazu geneigt sind, die Immunität des verklagten ausländischen Staates zu ignorieren, wenn es um die Verletzung eines durch das völkerrechtliche *jus cogens* geschützten Menschenrechts geht, dieses Prinzip kann aber genauso wenig als Teil des Völkergewohnheitsrechts betrachtet werden, wie Art. 11 EuStImmÜ[44].

V. Das Verhältnis zwischen der Staatenimmunität und dem europäischen Zuständigkeitsregime

Für die Kläger des *Lechouritou*-Falls und alle Opfer des Zweiten Weltkriegs, die infolge den von den Streitkräften eines Staates im Hoheitsgebiet eines anderen Staates begangenen Menschenrechtsverletzungen Schäden erlitten haben und in der Zukunft ihre Schäden gegenüber dem Staat der Streitkräfte eventuell geltend machen möchten, ergeben sich wesentliche Konklusionen aus der Entscheidung des *EuGH* und aus den völkerrechtlichen Bezügen des Ausgangsverfahrens.

Einerseits kann man aus der Tatsache, dass die Durchsetzung von Schäden, die durch Kriegshandlungen von Soldaten einer ausländischen staatlichen Armee verursacht worden sind, nicht als Zivilsache zu betrachten sind, die Schlussfolgerung ziehen, dass das EuGVÜ bzw. die EuGVVO auf solche Angelegenheiten nicht angewendet werden kann. Die Opfer können folglich ihre Ansprüche in dem Staat, wo das schädigende Ereignis eingetreten ist (Handlungsort oder Erfolgsort), nicht aufgrund der europäischen Zuständigkeitsregeln geltend machen. Das bedeutet, dass Art. 5 Nrn. 3 und 4 EuGVÜ/EuGVVO nicht als Grundlage für die internationale (und örtliche)[45] Zuständigkeit der Gerichte des Staates des Deliktsorts angenommen werden können. Die Unanwendbarkeit des EuGVÜ bzw. der EuGVVO schließt aber die Möglichkeit, einen Staat in einem anderen Staat, am Deliktsort, eventuell aufgrund der dort geltenden und im Falle der Un-

[44] *Geimer,* Los Desastros de la Guerra und das Brüssel I-System, *IPRax* 3/2008, S. 226. *Stürner*, Staatenimmunität und Brüssel I-Verordnung, *IPRax* 3/2008, S. 201 f. Das Komitee von Rechtsberatern für Völkerrecht des Europarates (*Committee of Legal Advisers on Public International Law*; CAHDI) hat im Jahre 2002 ein Projekt zur Untersuchung der Rechtsprechung der staatlichen Gerichte zur Staatenimmunität angefangen. Die Berichte, unter denen auch der griechische Bericht zu finden ist, sind unter den folgenden Link zugänglich: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/state_immunities/ (31. Oktober 2010).

[45] Art. 5 Nrn. 3 u. 4 EuGVÜ regeln auch die örtliche Zuständigkeit mit.

anwendbarkeit des europäischen Zuständigkeitsregimes maßgeblichen nationalen Zuständigkeitsvorschriften zu verklagen, nicht automatisch aus und bedeutet noch nicht, dass man den Schadensersatzanspruch vor einem ausländischen staatlichen Gericht gar nicht geltend machen kann. Die einzige Folge der Unanwendbarkeit ist, dass das EuGVÜ bzw. die EuGVVO nicht anzuwenden sind und dass man die internationale Zuständigkeit aufgrund der nationalen Zuständigkeitsvorschriften der Mitgliedstaaten bestimmen muss.

Andererseits führt aber das völkergewohnheitsrechtliche Prinzip der Immunität des schädigenden Staates, in dem angesprochenen Fall die Immunität Deutschlands, dazu, dass man gegen den schädigenden Staat vor einem ausländischen staatlichen Gericht keinen Schadensersatzanspruch durchsetzen kann. Die Immunität als Ausnahme von der Gerichtsbarkeit des Forumstaates stellt also in diesem Zusammenhang ein absolutes Hindernis der Rechtsverfolgung dar.

Wenn man diese zwei Aspekte, Unanwendbarkeit des EuGVÜ/der EuGVVO und Immunität als Prozesshindernis im Forumstaat, im Lichte des *Lechouritou*-Falls zusammen prüft, kann man zunächst feststellen, dass das EuGVÜ auf die internationale Zuständigkeit der griechischen Gerichte im *Lechouritou*-Fall nicht angewendet werden konnte. Dementsprechend musste man die internationale Zuständigkeit aufgrund der nationalen autonomen Zuständigkeitsregeln prüfen. Das griechische Recht enthält keine ausdrückliche Regelung zur internationalen Zuständigkeit. Laut Art. 3 der griechischen Zivilprozessordnung (*Kodikas Politikis Dikonomias*) erstreckt sich die internationale Zuständigkeit griechischer Gerichte sowohl auf die griechischen Staatsangehörigen als auch auf die Ausländer, vorausgesetzt, dass die örtliche Zuständigkeit eines griechischen Gerichts festgestellt werden kann. Der Anknüpfungspunkt ist also das Vorliegen der örtlichen Zuständigkeit eines griechischen Gerichts.

Art. 35 der griechischen Zivilprozessordnung schafft eine besondere örtliche Zuständigkeit für Schadensersatzansprüche aus Straftaten zugunsten des Gerichts des Deliktsorts (Handlungsort oder Erfolgsort). In solchen Fällen, in denen der Schadensersatzanspruch nicht aus einer Straftat entstanden ist, ist nur die allgemeine Zuständigkeit (Wohnort/Sitz des Beklagten) anzuwenden[46]. Folglich könnte die internationale Zuständigkeit griechischer Gerichte für Schadensersatzan-

---

46 *Charaktiniotis*, Comparative study of "residual jurisdiction" in civil and commercial disputes in the EU, National report for Greece (2007), S. 2 ff. und 12 f. At: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_greece_en.pdf (31. Oktober 2010).

sprüche aus Menschenrechtsverletzungen, die während des Zweiten Weltkriegs in Griechenland begangen worden sind, festgestellt werden, da das Gericht des Handlungsorts für die Sache örtlich zuständig ist. Mit Rücksicht jedoch darauf, dass die Menschenrechtsverletzungen im *Lechouritou*-Fall von den deutschen Streitkräften im Rahmen der Ausübung der deutschen Hoheitsgewalt begangen worden sind, können die griechischen Gerichte des Deliktsorts, die aufgrund der autonomen griechischen Zuständigkeitsvorschriften ansonsten örtlich und zugleich auch international zuständig wären, die Gerichtsbarkeit Griechenlands nicht ausüben. Nach dem aktuellen Stand des Völkergewohnheitsrechts, d.h. nach dem heutzutage allgemein anerkannten Inhalt des Grundsatzes der relativen Immunität, sind nämlich die souveränen Handlungen des Staates von der Gerichtsbarkeit anderer Staaten ausgenommen. Das bedeutet, dass Deutschland für das von seinen Streitkräften durchgeführte Massaker in Kalavrita vor den griechischen Gerichten Immunität genießt.

Aus dem oben Dargelegten folgt erstens, dass die Gerichtsbarkeit eines Staates von der internationalen Zuständigkeit seiner Gerichte zu unterscheiden ist. Während dieser Unterschied im deutschen Recht auch terminologisch zum Ausdruck kommt, Gerichtsbarkeit bzw. internationale Zuständigkeit, benutzt man im ungarischen Recht für beide Rechtsbegriffe ein und dasselbe Wort: *joghatóság*. So ist es ziemlich schwierig, den Unterschied im ungarischen Recht mit der ungarischen Rechtsterminologie zu veranschaulichen[47]. Das Vorliegen der Gerichtsbarkeit ist allerdings die Voraussetzung der internationalen Zuständigkeit[48]. Die Gerichtsbarkeit bedeutet die Befugnis des Staates, durch seine Organe (Gerichte) Recht zu sprechen, Justiz zu gewähren, unabhängig davon, ob es um eine Angelegenheit mit oder ohne Auslandsbezug geht. Demgegenüber stellt die internationale Zuständigkeit die tatsächliche Ausübung der Gerichtsbarkeit[49], der Befugnis des Staates, dar, indem der Staat innerhalb der vom Völkerrecht gezogenen Grenzen seiner Gerichtsbarkeit, jedoch in den von ihm selbst bestimmten Fällen, d.h., bei Vorliegen zumindest einer der von ihm festgelegten Zuständigkeitsgründe, seine Gerichte den Rechtsuchenden für Rechtsstreitigkeiten mit Auslandsbezug zur Verfügung

47 Im ungarischen Recht sind die beiden Rechtsbegriffe sogar zusammen geregelt. Die Fälle der Immunität sind in § 62/A lit. c) und d), § 62/C lit. c) und d) und § 62/E des Gesetzesverordnung Nr. 13 vom Jahre 1979 über das Internationale Privatrecht als ausschließliche bzw. ausgeschlossene Zuständigkeitsgründe geregelt.

48 *Shaw*, Nemzetközi jog, S. 522; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, S. 338 ff.; *Rosenberg-Schwab,* Zivilprozessrecht, S. 90; *Stürner,* Staatenimmunität und Brüssel I-Verordnung, *IPRax* 3/2008, S. 203; *Weber,* Europäisches Zivilprozessrecht und Demokratieprinzip, S. 55. Aus der älteren ungarischen Rechtsliteratur: *Szászy,* International Civil Procedure, S. 291 und 293 ff.

49 *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, S. 339.

stellt. Durch Gestaltung seines Zuständigkeitssystems entscheidet der Staat selbst, inwieweit er von seiner Gerichtsbarkeit, d.h., von der Befugnis, durch seine Gerichte Recht zu sprechen, Gebrauch macht, jedoch bestimmt das Völkerrecht, wie weit diese Befugnis reicht. Das EuGVÜ und die EuGVVO, die die vertrags- bzw. mitgliedstaatlichen Vorschriften über die internationale Zuständigkeit vereinheitlichen, regeln nur die internationale Zuständigkeit und nicht die Gerichtsbarkeit.

Zweitens kann man feststellen, dass die Kläger des *Lechouritou*-Falls ihre Ansprüche nicht wegen der Unanwendbarkeit des EuGVÜ nicht durchsetzen können, sondern deshalb, weil das Völkergewohnheitsrecht es nicht ermöglicht, einen Staat wegen souveräner Handlungen vor den Gerichten eines anderen Staates zu verklagen. Die Immunität gewährt dem Staat Freiheit von der Gerichtsbarkeit anderer Staaten. Durch einseitig, auf der nationalen Ebene festgestellte Zuständigkeitsregeln können andere Staaten diese von dem Völkerrecht gesicherte Freiheit nicht entziehen. Obwohl das EuGVÜ als völkerrechtlicher Vertrag auch eine Quelle des Völkerrechts ist und im Falle einer solchen Vereinbarung der Staaten sogar eine Ausnahme von der Immunität schaffen könnte, hebt es nicht die völkerrechtliche Immunität der Staaten auf[50]. Wie es aus dem Regelungsgegenstand, dem sachlichen Anwendungsbereich und aus den einzelnen Vorschriften des Übereinkommens ziemlich eindeutig ersichtlich ist, wollten die Vertragsstaaten nicht von dem völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz der (relativen) Immunität abweichen und überhaupt die Staatenimmunität mitregeln. Wenn sie es gewollt hätten, hätten sie die Frage der Gerichtsbarkeit und Immunität in das Übereinkommen ausdrücklich aufgenommen. Folglich ist das EuGVÜ auf den *Lechouritou*-Fall nicht nur deshalb unanwendbar, weil der Rechtsstreit keine Zivil- und/oder Handelssache ist, sondern auch deshalb, weil das Übereinkommen die Immunität und die Gerichtsbarkeit der Vertragsstaaten nicht regelt. Somit ist auf die Immunität und die Gerichtsbarkeit weiterhin das Völkergewohnheitsrecht bzw. das zurzeit noch in einer sehr kleinen Anzahl der Fälle relevante Baseler Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität (EuStImmÜ) anzuwenden.

---

50 *Stürner*, Staatenimmunität und Brüssel I-Verordnung, *IPRax* 3/2008, S. 203 f.; *Geimer,* Los Desastros de la Guerra und das Brüssel I-System, *IPRax* 3/2008, S. 226.

VI. Fazit

Nach alledem lautet die Antwort auf die vom *EuGH* unbeantwortet gelassene zweite Frage des *Efeteio Patron* über das Verhältnis der Staatenimmunität zu der europäischen Zuständigkeitsregelung ganz einfach wie folgt: Die Unanwendbarkeit der Immunität ist eine Voraussetzung der Anwendbarkeit des europäischen Zuständigkeitsregimes. Dies kann vor allem darauf zurückgeführt werden, dass das EuGVÜ ausschließlich die internationale Zuständigkeit regelt. Wenn also der Staat seine Gerichtsbarkeit infolge der Immunität des verklagten Staates nicht ausüben kann, kann auch das Übereinkommen nicht angewendet werden. Die Tatsache, dass die Fälle, in denen der beklagte Staat Immunität genießt, im Sinne des EuGVÜ bzw. der EuGVVO nicht als Zivilsachen anzusehen sind, ist eine weniger auf die bewusste „gesetzgeberische" Entscheidung der Vertrags- bzw. Mitgliedstaaten[51], als eher auf die Rechtsprechung des *EuGH* zurückzuführende Übereinstimmung, die nicht entscheidend ist. Wenn man die dem *Lechouritou*-Fall ähnlichen Sachverhalte mit der Betonung des Schadensersatzaspekts als Zivilsachen qualifizieren würde, wäre das EuGVÜ aufgrund des oben Dargelegten trotzdem nicht anwendbar.

Die Kläger des *Lechouritou*-Falls haben einen Versuch gemacht, anhand der europäischen Zuständigkeitsregelung, die vor allem darauf gerichtet ist, die Rechtsverfolgung innerhalb der Europäischen Union zu fördern, die den deutschen Staat schützende Immunität zu umgehen. Die europäische Zuständigkeitsregelung ist aber dazu nicht geeignet, den Erfolg solcher Versuche zu sichern, da sich seine Vorschriften über die internationale Zuständigkeit gegen die völkergewohnheitsrechtliche Immunität, die ein vorrangiges Hindernis für die Ausübung der interna-

51 Aus diesem Gesichtspunkt ist es „vielsagend", dass „die Haftung des Staats für Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen der Ausübung hoheitlicher Rechte" (*acta iure imperii*) von dem Anwendungsbereich der neueren Entwicklungen der europäischen zivilverfahrensrechtlichen Rechtssetzung ausdrücklich ausgenommen ist. Es sieht so aus, dass die Mitgliedstaaten zur Zeit der Vorbereitung und des Abschlusses des EuGVÜ an die Immunitätsproblematik einfach nicht gedacht haben. Dieser Fehler wurde dann auch nicht von dem europäischen Gesetzgeber korrigiert, als er die EuGVVO verfasst und verabschiedet hat. S. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens; Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen; Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (Zustellung von Schriftstücken) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates.

tionalen Zuständigkeit darstellt, nicht durchsetzen können. Diese für die Opfer von Menschenrechtsverletzungen so ungünstige Rechtslage wird sich voraussichtlich erst dann ändern, wenn das Völkergewohnheitsrecht oder ein sowohl im schädigenden Staat als auch im Staat des Deliktsortes ratifiziertes internationales Übereinkommen zumindest die schweren Menschenrechtsverletzungen von dem Anwendungsbereich der Immunität ausnimmt und den Opfern der Menschenrechtsverletzungen durch die Schaffung einer entsprechenden Rechtsgrundlage für Schadensersatzansprüche ein Klagerecht einräumt.

Literatur

Alderton, Matthew Immunity for heads of state acting in their private capacity – Thor Shipping AIS v. The Ship 'Al Duhail', *ICLQ* vol. 58, 2009, 702-711

Charaktiniotis, Stefanos J. Comparative study of "residual jurisdiction" in civil and commercial disputes in the EU. National report for Greece, Athens 2007. At: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_greece_en.pdf

Geimer, Reinhold Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Köln 2009

Geimer, Reinhold Los Desastros de la Guerra und das Brüssel I-System, IPRax 2008, 225-227

Hess, Burkhard Europäisches Zivilprozessrecht, Heidelberg 2010

Jayme, Erik / Hausmann, Rainer Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 14. Auflage, München, 2009

Mádl Ferenc / Vékás Lajos Nemzetközi magánjog és nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga. 4, átdolgozott bővített kiadás, Budapest 1997

Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz Zivilprozessrecht, 12. Auflage, München 1977

Shaw, Malcolm N. Nemzetközi jog. (magyar kiadás, szerkesztette: *Nagy Boldizsár*), Budapest 2008

Stürner, Michael Staatenimmunität und Brüssel I-Verordnung. Die zivilprozessuale Behandlung von Entschädigungsklagen wegen Kriegsverbrechen im Europäischen Justizraum, *IPRax* 2008, 197-206

Szászy, István International Civil Procedure. A Comparative Study, Budapest 1967

Weber, Michael Europäisches Zivilprozessrecht und Demokratieprinzip. Internationale Zuständigkeit und gegenseitige Anerkennung im Gerichtssystem der Europäischen Union und der USA, Tübingen 2009

Wopera Zsuzsa / Wallacher Lajos, Polgári Eljárásjogi Szabályok az Európai Unió jogában, Budapest 2006

Kai Unkel

Die Garantie einer gerichtlichen Entscheidung innerhalb angemessener Frist und der Ausschluss von Parallelverfahren durch Art. 27 EuGVVO

I. Einleitung

Die EuGVVO[1] enthält für grenzüberschreitende Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen eine verbindliche Zuständigkeitsordnung. Neben dem allgemeinen Gerichtsstand enthält sie auch ausschließliche und konkurrierende Gerichtsstände. Aufgrund der Parallelität von allgemeinem und besonderem Gerichtsstand können mehrere Gerichte zur Entscheidung für Klagen zwischen denselben Parteien zuständig sein. Daher stellt sich die Frage, wie positive Kompetenzkonflikte zu behandeln sind. Der europäische Gesetzgeber hat mit der Schaffung von Art. 27 EuGVVO dem zeitlich zuerst eingeleiteten Prozess den Vorrang eingeräumt. Ein weiterer Prozess über denselben Anspruch ist erst nach dessen Abschluss möglich.

Der Ausschluss von Parallelverfahren tritt aber in ein Spannungsverhältnis zu Art. 47 II GRC[2], welcher die Garantie einer gerichtlichen Entscheidung innerhalb angemessener Frist enthält. Dies wirft die Frage auf, ob ein genereller Ausschluss von Parallelverfahren zulässig ist.

Um dieser Frage nachzugehen, werden zunächst die Gründe untersucht, die für den Ausschluss von Parallelverfahren sprechen, und die Voraussetzungen des Art. 27 EuGVVO erläutert. Im Anschluss wird untersucht, wie sich der generelle Ausschluss von Parallelverfahren zu der Garantie eines gerichtlichen Verfahrens innerhalb angemessener Frist verhält. Darauf folgend werden Lösungsmöglichkeiten *de lege lata* und *de lege ferenda* unterbreitet, im Wege derer ein Ausgleich zwischen der Regelung des Art. 27 EuGVVO und dem Justizgewährungsanspruch des Zweitklägers erzielt werden könnte.

---

[1] Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABL EG 2001 Nr. L 12/1.

[2] Europäische Grundrechte-Charta, ABL EU 2007 Nr. C 303/1.

II. Der Ausschluss von Parallelverfahren durch Art. 27 EuG-VVO

1. Gründe für den Ausschluss von Parallelverfahren

Parallelverfahren über denselben Gegenstand bringen eine Reihe unerwünschter Folgen mit sich, die nicht im Einklang mit den Zielsetzungen des europäischen Zivilprozessrechts stehen.

Durch die Einleitung eines Parallelverfahrens besteht zum einen die Gefahr des Erlasses sich widersprechender Entscheidungen. Ein erklärtes Ziel der EuGVVO ist es aber gerade, den europäischen Entscheidungseinklang sicherzustellen[3]. Hinkende Entscheidungen, deren Wirkungen von der Anerkennung in den anderen Mitgliedstaaten abhängen, würden vermieden, was der Rechtssicherheit dient[4].

Der Ausschluss von Parallelverfahren dient zudem dem Klägerschutz. Er kann davon ausgehen, dass seine Entscheidung auch in Rechtskraft erwachsen wird und nicht die Gefahr besteht, dass seine Klage durch die Einleitung eines Parallelverfahrens durch den Beklagten in einem anderen Mitgliedstaat überholt wird[5].

Für den Beklagten bringt der Ausschluss von Parallelverfahren die Gewissheit mit sich, dass er sich nur vor dem Erstgericht verteidigen muss. Er muss nicht befürchten, dass der Kläger weitere Klagen in anderen Mitgliedstaaten erhebt. Insgesamt sparen die Parteien aufgrund des Ausschlusses von Parallelverfahren Kosten, weil sie sich regelmäßig nur vor einem Gericht einlassen müssen[6].

Parallelverfahren in mehreren Mitgliedstaaten sind auch aus der Perspektive der Justizsysteme und im Hinblick auf eine geordnete Rechtspflege[7] nicht wünschenswert. Das Verfahrensaufkommen vor den mitgliedstaatlichen Gerichten steigt stetig und damit auch die Verfahrensdauer. Durch den Ausschluss von Parallelverfahren wird eine oftmals unnötige Arbeitsbelastung der mitgliedstaatlichen Gerichte verhindert, besteht doch immer die Gefahr, dass sich ein Verfahren aufgrund einer früher ergehenden Entscheidung eines anderen mitgliedstaatlichen Gerichts erledigt. Durch die Beachtung der Rechtshängigkeit wird zudem ein ge-

---

3 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 15 zur EuGVVO.

4 *Schilling*, IPrax 2004, 294 (295).

5 *McGuire*, Verfahrenskoordination, S. 46.

6 *Schilling*, IPrax 2004, 294 (295).

7 *EuGH*, Urt. v. 9.12.2003, Rs. C-116/02, Gasser ./. MISAT, Rdnr. 41 = IPrax 2004, 243 (247).

ordneter Verfahrensablauf gesichert. Den Parteien wird der Anreiz genommen, zu Verzögerungstaktiken zu greifen, weil sie auf den Erlass einer Entscheidung durch ein anderes mitgliedstaatliches Gericht spekulieren und dadurch die Prozessleitung durch das Gericht zu stören[8].

2. Voraussetzungen von Art. 27 EuGVVO

Aus diesen Gründen hat sich der europäische Gesetzgeber für den Ausschluss von Parallelverfahren entschieden. Werden bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs anhängig gemacht, so ist das Zweitgericht nach Art. 27 I EuGVVO dazu verpflichtet das Verfahren auszusetzen, bis das Erstgericht über seine Zuständigkeit entschieden hat. Bejaht das Erstgericht seine Zuständigkeit, muss sich das Zweitgericht gemäß Art. 27 II EuGVVO für unzuständig erklären.

a) Prioritätsprinzip

Der Regelung des Art. 27 EuGVVO liegt ein striktes Prioritätsprinzip[9] zu Grunde, welches allein auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit abstellt. Wann ein Gericht als angerufen im Sinne des Art. 27 I EuGVVO gilt, ist in Art. 30 EuGVVO geregelt. Danach ist auf den Eingang des verfahrenseinleitenden Schriftstücks bei Gericht abzustellen. Der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit erfolgt also nicht unter dem Rückgriff auf die jeweilige *lex fori* sondern ist autonom zu bestimmen[10]. Dies schafft ein hohes Maß an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit.

b) Kernpunkttheorie

Neben der zeitlichen Komponente muss eine Verfahrenskoordination aber auch anhand ihres Gegenstandes erfolgen. Von Art. 27 EuGVVO werden Verfahren wegen desselben Anspruchs erfasst. Zur Bestimmung, wann derselbe Anspruch

---

[8] *McGuire* (o. Fußn. 5), S. 52.
[9] Geimer/Schütze/*Geimer*, Europäisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. (2010), Art. 27 Rdnr. 7.
[10] Geimer/Schütze/*Geimer* (o. Fußn. 9) Art. 30 Rdnr. 4.

vorliegt, hat der *EuGH* die sogenannte Kernpunkttheorie entwickelt[11]. Danach liegt eine Anspruchsidentität vor, wenn die Klagen auf derselben Grundlage beruhen und im Kern denselben Gegenstand haben[12]. Derselbe Gegenstand liegt zum Beispiel vor, wenn eine Partei Leistung verlangt und die andere Partei die Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages begehrt. Im Kern geht es hier darum, ob der Leitungsanspruch besteht[13].

c) Bewertung

Insgesamt werden durch die klaren Kriterien des Art. 27 EuGVVO Parallelverfahren weitestgehend ausgeschlossen. Das Prioritätsprinzip lässt Situationen des Art. 34 Nr. 3 EuGVVO erst gar nicht entstehen, indem Parallelverfahren zum frühestmöglichen Zeitpunkt ausgeschlossen werden. Die weite Kernpunkttheorie sichert im größtmöglichen Umfang den europäischen Entscheidungseinklang. Durch die allumfassende Vermeidung von Parallelverfahren trägt Art. 27 EuGVVO den oben angeführten Gründen für einen Ausschluss von Parallelverfahren Rechnung.

III. Gründe für die Zulassung von Parallelverfahren

Bei allen Vorteilen der klaren Regelung des Art. 27 EuGVVO, bringt sie einen gravierenden Nachteil mit sich. Der Zweitkläger wird daran gehindert, seinen Anspruch vor einem mitgliedstaatlichen Gericht zu verfolgen. Die Zulässigkeit dieser Einschränkung ist im Hinblick auf die Garantien des Art. 47 GRC zu untersuchen.

---

11 *EuGH*, Urt. v. 8.12.1987, Rs. 144/86, Gubisch ./. Palumbo, Slg. 1987, 4861 = NJW 1989, 665.

12 Rauscher/*Leible*, Europäisches Zivilprozessrecht, I, 2. Aufl. (2006), Art 27 Brüssel I-VO Rdnr. 8; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Auflage (2005), Art. 27 Rdnr. 6.

13 *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 3. Auflage (2009), Art. 27 EuGVVO Rdnr. 4b.

1. Justizgewährungsanspruch und die Garantie eines Verfahrens innerhalb angemessener Frist

Durch das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 erhielt die Europäische Grundrechte-Charta rechtliche Verbindlichkeit. Für das europäische Zivilprozessrecht sind insbesondere die Gewährleistungen des Art. 47 GRC von Bedeutung. Während Abs. 1 die Garantie eines effektiven Rechtsschutzes enthält und Art. 13 EMRK[14] nachgebildet ist[15], enthält Abs. 2 in Anlehnung an Art. 6 I EMRK das Recht auf ein faires Verfahren[16]. Diese Garantie umfasst neben dem Zugang zu einem Gericht auch die Möglichkeit, einen Anspruch bei Gericht geltend zu machen und einen Anspruch auf eine gerichtliche Entscheidung[17].

Die weite Rechtshängigkeitssperre des Art. 27 EuGVVO schränkt den Justizgewährungsanspruch des Zweitklägers ein. Zwar kann er seinen Anspruch vor einem Gericht geltend machen, jedoch ist das Zweitgericht dazu verpflichtet, das Verfahren bis zur Entscheidung des Erstgerichts über seine Zuständigkeit auszusetzen. Damit wird dem Zweitkläger eine Entscheidung in der Sache verwehrt. Der Zweitkläger ist dazu gezwungen, sich vor dem Erstgericht zu verteidigen. Gelingt ihm dieses Unterfangen, kann er seinen Anspruch durch Einleitung eines Folgeprozesses weiter verfolgen. In diesen Fällen wird ihm also nur ein indirekter Rechtsschutz gewährt. Im Hinblick auf die Nachteile, die mit Parallelverfahren verbunden sind, ist diese Einschränkung des Justizgewährungsanspruchs aber grundsätzlich gerechtfertigt.

Kommt es bei der Zuständigkeitsprüfung durch das Erstgericht aber zu einer überlangen Verfahrensdauer, stellt sich jedoch die Frage nach den Auswirkungen auf das ausgesetzte Verfahren im Zweitstaat. Art. 47 II GRC garantiert neben einer gerichtlichen Entscheidung auch eine solche innerhalb angemessener Frist, denn nur zeitnaher Rechtsschutz ist auch effektiver Rechtsschutz.

Eine zu große Zeitspanne zwischen der Klageerhebung und dem Erlass einer bindenden Entscheidung kann sich negativ auf den geltend gemachten Anspruch

---

[14] Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950.

[15] Meyer/*Eser*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. (2011), Art. 47 Rdnr. 2.

[16] Meyer/*Eser* (o. Fußn. 15), Art. 47 Rdnr. 20.

[17] Für Art. 6 I EMRK *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. (2006), Art. 6 Rdnr. 18a.

auswirken. So können eingeklagte Zahlungsansprüche in der Zwischenzeit durch die Insolvenz des Schuldners faktisch wertlos geworden sein[18]. Auch in Patentverletzungsstreitigkeiten kann sich eine überlange Verfahrensdauer negativ für den Patentinhaber auswirken. Es besteht nämlich die Gefahr, dass bei Erlass der Entscheidung die Restlaufzeit des Patents bereits abgelaufen ist[19]. Besondere Bedeutung kommt der Verfahrensdauer aufgrund der Entfremdungsgefahr auch in Kindschaftssachen zu[20].

Durch Erhebung der Klage vor dem Zweitgericht beginnt auch der für die Berechnung der Verfahrensdauer maßgebliche Zeitraum[21]. Das Zweitgericht ist aber durch Art. 27 EuGVVO zur Aussetzung des Verfahrens verpflichtet. Kommt es nun bei der Prüfung der Zuständigkeit vor dem Erstgericht zu einer überlangen Verfahrensdauer, lässt dies keinen Rückschluss auf die Angemessenheit der Verfahrensdauer vor dem Erstgericht zu. Trotz Anspruchsidentität handelt es sich um zwei voneinander getrennte Verfahren. Dem Zweitgericht kann eine überlange Verfahrensdauer aber nicht mit der Begründung vorgeworfen werden, dass es das Verfahren nicht in angemessener Weise betreibt, ist es doch gerade aufgrund von Art. 27 EuGVVO zur Aussetzung verpflichtet. Damit verstößt das Zweitgericht regelmäßig nicht gegen die Garantie eines Verfahrens innerhalb angemessener Frist. Vielmehr fällt dieser Verstoß allein dem Erstgericht zur Last[22].

Unabhängig davon, welchem Gericht der Verstoß gegen die Garantie eines Verfahrens innerhalb angemessener Frist zur Last fällt, besteht für den Zweitkläger die Gefahr, dass sich sein Anspruch infolge des Zeitablaufs verschlechtert oder gar erledigt. Dieses Rechtsschutzdefizit zulasten des Zweitklägers ist auch nicht durch die mit Art. 27 EuGVVO verfolgten Zwecke zu rechtfertigen. Vielmehr ist das Zweitgericht aufgrund des Anspruchs des Klägers auf eine gerichtliche Entscheidung innerhalb angemessener Frist zur Rechtsschutzgewährung verpflichtet.

---

18 Vgl. den der Entscheidung *OLG Hamm*, BauR 2010, 1801 ff. zugrunde liegenden Sachverhalt. Nachdem der Gläubiger nach 13 Jahren einen Titel gegen den Schuldner erworben hatte, ist dieser zahlungsunfähig geworden. Der Gläubiger musste nunmehr die titulierte Summe im Wege eines Amtshaftungsanspruchs geltend machen.

19 *Carl*, Einstweiliger Rechtsschutz bei Torpedoklagen, S. 38.

20 *Hess*, in: Festschrift für Erik Jayme, 2004, I, S. 339 (351).

21 *Meyer-Ladewig* (o. Fußn. 17), Art. 6 Rdnr. 72.

22 Ebenfalls auf die Dauer des Verfahrens vor dem Erstgericht abstellend *Schilling*, IPrax 2004, 294 (296)

2. Missbräuchliches Verhalten des Erstklägers

Zum Teil wird für eine Durchbrechung der Rechtshängigkeitssperre des Art. 27 EuGVVO zusätzlich ein missbräuchliches Verhalten des Erstklägers verlangt[23]. Ein solches wird zum Beispiel darin gesehen, wenn der Erstkläger trotz einer Gerichtsstands- oder Schiedsklausel Klage beim derogierten Gericht erhebt. Auch in diesen Fällen findet Art. 27 EuGVVO Anwendung. Zweitverfahren sind somit ausgeschlossen.

Die Beurteilung, ob bereits in der Klageerhebung bei einem derogierten Gericht ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Erstklägers zu sehen ist, fällt jedoch schwer. Auch dem Erstkläger steht der Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz zu. Ist er der Ansicht, dass die geschlossene Gerichtsstands- bzw. Schiedsvereinbarung ungültig ist, kann es sogar der Prozessökonomie dienen, wenn Klage vor dem derogierten Gericht erhoben wird.

Bei genauerer Betrachtung vermag ein missbräuchliches Verhalten durch den Erstkläger auch nichts über die Legitimität der Zulassung von Doppelprozessen beizutragen. Wie zuvor dargelegt wurde, resultiert die Notwendigkeit der Zulassung eines Doppelprozesses darin, dass das prozessuale Grundrecht des Zweitklägers auf eine gerichtliche Entscheidung innerhalb angemessener Frist verletzt wird. Eines der vier vom EGMR entwickelten Kriterien[24] zur Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer ist die Verfahrensführung durch das Gericht. Trotz Parteimaxime trägt das staatliche Gericht die Letztverantwortung für die Einhaltung der Garantie angemessener Verfahrensdauer[25]. Unterlässt es das Gericht, geeignete Maßnahmen gegen die Verzögerungstaktik des Erstklägers zu unternehmen, sind ihm die daraus entstehenden Verzögerungen zuzurechnen. Eine missbräuchliche Verfahrensführung durch den Erstkläger kann daher lediglich Bedeutung für die Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer haben.

---

23 Vgl. die Stellungnahme des Vereinigten Königreichs in *EuGH*, Urt. v. 9.12.2003, Rs. C-116/02, Gasser ./. MISAT, Rdnr. 63 = IPrax 2004, 243 (248).

24 Einen Überblick der vom EGMR entwickelten Kriterien zur Überprüfung der Angemessenheit der Verfahrensdauer liefert *Brett*, Verfahrensdauer bei Verfassungsbeschwerdeverfahren, S. 252 ff.

25 *EGMR*, Urt. v. 10.07.1984, Guincho ./. Portugal, Nr. 8990/80, Ziff. 32; *EGMR*, Urt. v. 17.10.2002, Thieme ./. Deutschland, Nr. 38365/97, Rdnr. 46; *Brett* (o. Fußn. 24), S. 264.

3. Keine Abhilfe durch bestehende Rechtsbehelfe

Von der Zulassung von Doppelprozessen könnte aber abgesehen werden, wenn dem Zweitkläger durch andere Rechtsbehelfe ein effektiver und zeitnaher Rechtsschutz gewährt wird.

a) Widerklage, Art. 6 Nr. 3 EuGVVO

Art. 6 Nr. 3 EuGVVO eröffnet dem Zweitkläger die Möglichkeit, vor dem Erstgericht Widerklage zu erheben. Im Hinblick auf den absoluten Vorrang der Erstklage, ungeachtet dessen, ob es sich um eine negative Feststellungsklage oder Leistungsklage handelt, bringt die Widerklage für den Zweitkläger keinen Vorteil mit sich. Zudem wird er durch die Erhebung der Widerklage an das langsame Forum gebunden. Dieses liefert aber gerade den Anlass für die Zulassung eines Parallelverfahrens[26]. Daher ist es ausgeschlossen, dass der Zweitkläger die von ihm begehrte Entscheidung innerhalb angemessener Frist auf diesem Wege erreichen wird.

b) Einstweilige Maßnahme, Art. 31 EuGVVO

Der Zweitkläger könnte aber versuchen, Rechtsschutz durch Ergreifung einer einstweiligen Maßnahme zu erlangen. Nach Art. 31 EuGVVO können einstweilige Maßnahmen auch dann vor den Gerichten eines Mitgliedstaates beantragt werden, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache das Gericht eines anderen Mitgliedstaates zuständig ist. Im Hinblick auf das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache vermag eine einstweilige Anordnung nicht immer zu einem effektiven Rechtsschutz führen. So kommt z.B. bei Zahlungsansprüchen eine Leistungsverfügung regelmäßig nicht in Betracht[27]. Damit wird durch Art. 31 EuGVVO das durch Art. 27 EuGVVO erzeugte Rechtsschutzdefizit nicht beseitigt.

---

26 So auch *Sander/Breßler*, ZZP 122 (2009), 157 (173).

27 *Sander/Breßler*, ZZP 122 (2009), 157 (172).

c) Verweis auf nationale Rechtsbehelfe zur Verfahrensbeschleunigung

Nicht zuletzt aufgrund der Rechtsprechung des EGMR enthalten einige nationale Verfahrensordnungen Rechtsbehelfe, mit deren Hilfe die Parteien auf eine Verfahrensbeschleunigung hinwirken können[28]. Grundsätzlich werden diese Rechtsbehelfe dem Erfordernis eines effektiven und zeitnahen Rechtsschutzes gerecht. Der Zweitkläger kann mit Hilfe dieser Rechtsbehelfe aber lediglich auf das Erstverfahren einwirken. Dem Erlass der von ihm begehrten Entscheidung kommt er damit nur indirekt näher. Die nationalen Rechtsbehelfe zur Verfahrensbeschleunigung gleichen damit nicht das bestehende Rechtsschutzdefizit aus[29].

IV. Durchbrechung der Rechtshängigkeitssperre de lege lata

Kann das durch Art. 27 EuGVVO verursachte Rechtsschutzdefizit auf Seiten des Zweitklägers nur durch eine Durchbrechung der Rechtshängigkeitssperre des Art. 27 EuGVVO erfolgen, stellt sich die Frage, ob eine Durchbrechung *de lege lata* zulässig ist.

1. Beurteilung der Verfahrensdauer durch das Zweitgericht

Damit das Zweitgericht sein Verfahren überhaupt fortführen kann, müsste es zunächst feststellen, dass das Verfahren vor dem Erstgericht unangemessen lange dauert[30]. Das Zweitgericht müsste also eine Beurteilung der Verfahrensdauer vor dem Erstgericht vornehmen dürfen.

---

28 Einen Überblick der bestehenden Rechtsbehelfe gegen Verfahrensverzögerungen liefert *Luzak*, Wirksame Beschwerdemöglichkeiten, Anlage BT-Drucks. 16/7655.

29 Vgl. auch *Grothe*, IPrax 2004, 205 (211), der einen Vorrang der nationalen Rechtsbehelfe im Hinblick auf das der EMRK zugrunde liegende Prinzip des Primärrechtsschutzes bezweifelt.

30 Ein pauschaler Verweis, dass die Verfahrensdauer vor den Gerichten des Erststaats gewöhnlicher Weise überlange dauert, ist unzulässig. Vgl. *EuGH*, Urt. v. 9.12.2003, Rs. C-116/02, Gasser ./. MISAT, Rdnr. 73 = IPrax 2004, 243 (249).

a) Verhältnis der nationalen Gerichte zum EGMR

Mit der Feststellung, dass das erstgerichtliche Verfahren überlange dauert, stellt das Zweitgericht einen Verstoß gegen Art. 6 I EMRK fest. Bei Konventionsverletzungen eröffnet Art. 34 EMRK die Möglichkeit, eine Individualbeschwerde vor dem EGMR zu erheben. Daraus wird gefolgert, dass es allein dem EGMR die Kompetenz zukommt, eine überlange Verfahrensdauer festzustellen[31].

Dies entspricht aber nicht der Sichtweise des EGMR. In seiner *Kudla*-Entscheidung[32] hat er deutlich gemacht, dass Art. 13 EMRK in Fällen der Verletzung der Garantie eines Verfahrens innerhalb angemessener Frist einen effektiven Rechtsbehelf im nationalen Recht erfordert. Soll einer Verletzung des Rechts auf eine gerichtliche Entscheidung innerhalb angemessener Frist aber abgeholfen werden, muss die Angemessenheit von einem nationalen Gericht beurteilt werden. Damit geht der EGMR selber davon aus, dass auch nationale Gerichte im Hinblick auf einen effektiven Grundrechtsschutz die Kompetenz haben, einen Verstoß gegen Art. 6 I EMRK festzustellen.

b) Verhältnis der nationalen Gerichte zum EuGH

Gleichzeitig stellt das Zweitgericht einen Verstoß gegen die Garantie einer gerichtlichen Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist des Art. 47 II GRC fest. Die Kompetenz über die Auslegung von Gemeinschaftsrecht zu befinden, kommt allein dem *EuGH* zu. Das Gemeinschaftsrecht sieht aber bislang keine Individualbeschwerde bei Verletzungen der Garantien der GRC vor. Gegenstand der nicht privilegierten Nichtigkeitsklage nach Art. 263 III AEUV[33] können nur Akte von EU-Organen sein. Der bloße Vollzug von Gemeinschaftsrecht macht die mitgliedstaatlichen Gerichte aber nicht zu Organen der EU. Im Wege des Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV kann ebenfalls nicht die Feststellung einer Grundrechtsverletzung begehrt werden, ist seine Funktion doch ausschließlich darauf beschränkt, Auslegungsfragen zu klären[34].

---

31 Vgl. die Stellungnahme der Kommission in *EuGH*, Urt. v. 9.12.2003, Rs. C-116/02, Gasser ./. MISAT, Rdnr. 69 = IPrax 2004, 243 (249).

32 *EGMR*, Urt. v. 26.10.2000, Kudla ./. Polen, Nr. 302010/96 = NJW 2001, 2694 ff.

33 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABL EU 2009 Nr. C 115/47 S. 1.

34 *Kotzus*, in: Geiger/Khan/Kotzus, EUV/AEUV, 5. Aufl. (2010), Art. 267 Rdnr 5.

Zu beachten ist auch, dass die GRC mit Art. 47 I eine Parallelnorm zu Art. 13 EMRK enthält. Die Gewährleistungen beider Vorschriften decken sich[35]. Damit ist die Abhilfe bei Verletzungen von, durch die GRC gewährleisteten Rechten, in erster Linie vor den mitgliedstaatlichen Gerichten zu suchen.

c) Prinzip des gegenseitigen Vertrauens

Dem europäischen Zivilprozessrecht liegt das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens zugrunde. Es rechtfertigt sich daraus, dass die Erreichung rechtlicher und praktischer Mindeststandards, auch der Justizsysteme und Behörden, zu den Voraussetzungen für die Aufnahme eines Staates in die Europäische Union gehören[36]. Die Annahme war notwendige Voraussetzung für die Einführung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung und wird von der Kommission immer wieder als Begründung für den Abbau oder die Abschaffung von Anerkennungshindernissen herangezogen[37] und stellt damit ein prägendes Regelungsprinzip des europäischen Gesetzgebers dar[38].

Das gegenseitige Vertrauen verbietet aber eine Überprüfung der Verfahrensdauer des erstgerichtlichen Verfahrens durch das Zweitgericht[39]. Vielmehr hat das Zweitgericht davon auszugehen, dass das Erstgericht das Verfahren angemessen betreibt oder andernfalls geeinigte Abhilfemaßnahmen ergreifen wird. Eine Beurteilung der Verfahrensdauer vor dem Erstgericht ist ihm verwehrt.

Fraglich ist aber, wie weit das gegenseitige Vertrauen reicht oder ob nicht in Fällen, in denen das entgegengebrachte Vertrauen tatsächlich durch ein mitgliedstaatliches Gericht enttäuscht wird, eine Einschränkung geboten ist[40]. Wie bereits angeführt handelt es sich beim Prinzip des gegenseitigen Vertrauens um ein tragendes Regelungsprinzip des europäischen Gesetzgebers. In Fällen eines Grundrechtsverstoßes kann jedoch eine Abweichung geboten sein[41]. Der *EuGH* weist in der *Gasser*-Entscheidung jedoch darauf hin, dass durch die strikte Anwendung des

35 Meyer/*Eser* (o. Fußn. 15), Art. 47 Rdnr. 2.
36 *Lipp*, NJW 2001, 2657 (2660); *Freitag*, JbJZivRWiss 2004, S. 399 (401).
37 Vgl. die Erwägungsgründe Nr. 16 und 17 zur EuGVVO.
38 *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 4 Rdnr. 75.
39 *EuGH*, Urt. v. 9.12.2003, Rs. C-116/02, Gasser ./. MIFSAT, Rdnr. 72 = IPrax 2004, 245 (249).
40 In diese Richtung gehend *Althammer/Löhnig*, ZZPInt 9 (2004), 23 (24).
41 *Hess* (o. Fußn. 38), § 4 Rdnr. 76.

Vertrauensprinzips Rechtssicherheit geschaffen werde[42]. In der Tat würde im Falle einer Durchbrechung der Rechtshängigkeitssperre enorme Rechtsunsicherheit eintreten. Der Vorteil, den Art. 27 EuGVVO mit sich bringt, wäre dahin[43]. Daher kommt eine Durchbrechung der Rechtshängigkeitssperre *de lege lata* nicht in Betracht[44].

V. Lösungsmöglichkeiten de lege ferenda

Ist Art. 27 EuGVVO grundsätzlich im Lichte des Art. 47 II GRC auszulegen, stellt sich die Frage, wie Konflikte zwischen beiden Normen in Zukunft verhindert werden können. Bei der Lösung muss aber sowohl der Zweck und die Bedeutung von Art. 27 EuGVVO als auch der Grundsatz einer effektiven Justizgewährung beachtet werden.

1. Ordre public Klausel

Konflikte zwischen Art. 47 II GRC und Art. 27 EuGVVO könnten durch die Aufnahme einer *ordre public* Klausel in Art. 27 EuGVVO gelöst werden[45].

Maßstab des verfahrensrechtlichen *ordre public* sind die prozessualen Grund- und Menschenrechte[46], die unter anderem in Art. 47 II GRC enthalten sind. Bei einer Aufnahme einer *ordre public* Klausel in Art. 27 EuGVVO würde ein Verstoß gegen die in Art. 47 II GRC aufgezählten Garantien immer zu einer Durchbrechung der Rechtshängigkeitssperre führen.

Aufgrund der Unbestimmtheit des *ordre public* würde die Einführung einer allgemeinen *ordre public* Klausel aber zu erheblicher Rechtsunsicherheit und einem Verlust an Entscheidungsvorhersehbarkeit führen. Damit würde ihre Einführung der Intention von Art. 27 EuGVVO zuwider laufen.

---

42 *EuGH*, Urt. v. 9.12.2003, Rs. C-116/02, Gasser ./. MIFSAT, Rdnr. 72 = IPrax 2004, 245, 249.

43 *McGuire* (o. Fußn. 5), S. 142 f.

44 Dafür aber *Grothe*, IPrax 2004, 205 (212); *Schilling*, IPrax 2004, 294 (297 f.).

45 Hess/Pfeiffer/Schlosser/*Weller*, Study JLS/C4/2005/03 (2007), Rdnr. 459.

46 *Hess* (o. Fußn. 38), § 6 Rdnr. 205.

Fraglich ist auch, ob eine Durchbrechung der Rechtshängigkeitssperre bei jedem Verstoß gegen grundlegende Verfahrensgewährleistungen im Hinblick auf eine effektive Justizgewährung erforderlich ist. Verletzt das Erstgericht den Anspruch auf rechtliches Gehör, erscheint es unsinnig, ein Zweitverfahren in einem anderen Mitgliedstaat anzustrengen. Vielmehr ist es sinnvoll, eine Abhilfe im Wege des nationalen Rechtsbehelfsystems zu suchen.

Damit ist die Einführung einer *ordre public* Klausel wenig geeignet, Konflikte zwischen Art. 47 II GRC und Art. 27 EuGVVO zufriedenstellend zu lösen[47].

2. Fristenregelung

Als eine zweite Lösungsmöglichkeit kommt die Aufnahme einer Fristenregelung in Art. 27 EuGVVO in Betracht[48]. Erfolgt die Zuständigkeitsprüfung vor dem Erstgericht nicht innerhalb eines gewissen Zeitraums, so ist das Zweitgericht dazu befugt, das Verfahren trotz anderweitiger Anhängigkeit fortzuführen. In Betracht käme etwa ein Zeitraum von sechs Monaten[49].

Unbestreitbarer Vorteil dieser Regelung ist, dass durch die Festlegung einer Frist klare Verhältnisse geschaffen werden. So wird eine Beurteilung der Verfahrensdauer vor dem Erstgericht durch das Zweitgericht entbehrlich. Ein Rückgriff auf die vom EGMR entwickelten Kriterien zur Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer ist nicht erforderlich. Dies führt insgesamt zur Schaffung von Rechtssicherheit und Doppelprozesse werden für die Parteien kalkulierbarer.

Im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR erscheint die Festlegung einer bestimmten Verfahrensdauer jedoch problematisch, betont er doch immer wieder, dass die Prüfung der Angemessenheit der Verfahrensdauer den Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen müsse. In einem frühen Verfahrensstadium, wie dem der Zuständigkeitsprüfung erscheint die Festlegung einer Frist jedoch zulässig. Dies resultiert auch daraus, dass die EuGVVO den Gerichten klare Zuständigkeitsregelungen an die Hand gibt.

---

[47] Dazu Hess/Pfeiffer/Schlosser/*Weller*, Fußn. 45, Rdnr. 459; *McGuire*, ZfRV 2005, 83 (92); *Sander/Breßler*, ZZP 122 (2009), 157 (181 ff.).

[48] Hess/Pfeiffer/Schlosser/*Weller* (o. Fußn. 45), Rdnrn. 460 f.; *Sander/Breßler*, ZZP 122 (2009), 157 (181 ff.).

[49] Hess/Pfeiffer/Schlosser/*Weller* (o. Fußn. 45), Rdnr. 460; *Sander/Breßler*, ZZP 122 (2009), 157 (182); hingegen schlägt *McGuire*, ZfRV 2005, 82 (92) eine Frist von einem Jahr bei besonders dringenden Materien vor.

Durch die Einführung einer Fristenregelung ist es demnach möglich, das Recht des Zweitklägers auf ein Verfahren innerhalb angemessener Frist zu wahren und dabei die Bedürfnisse einer Verfahrenskoordination zu berücksichtigen. Die Möglichkeit von Doppelprozessen bringt jedoch die Gefahr des Erlasses sich widersprechender Entscheidungen mit sich. Dieser muss durch eine Modifikation von Art. 34 Nr. 3 EuGVVO Rechnung getragen werden[50].

3. Erweiterung auf weitere Fallgruppen

Von der zuvor beschriebenen Lösungsmöglichkeit werden aber nur die Fallgestaltungen erfasst, in denen es bereits bei der Prüfung der Zuständigkeit durch das Erstgericht zu Verfahrensverzögerungen kommt und die Klägerrolle im Erst- und Zweitverfahren nicht von derselben Partei eingenommen wird.

a) Verzögerungen im weiteren Verfahren

Kommt es im weiteren Verfahren zu Verzögerungen, stellt sich die Frage, ob nicht auch dann eine Durchbrechung der Rechtshängigkeitssperre erfolgen muss. In einem solchen Fall ist es jedoch unmöglich, eine feste Zeitgrenze festzulegen. Im Hinblick auf die Gefahr des Erlasses sich widersprechender Entscheidungen kann es gerade in einem späten Verfahrensstadium geboten sein, die endgültige Entscheidung vor dem Erstgericht abzuwarten. Der Zweitkläger muss dann mit Hilfe der nationalen Rechtsbehelfe auf eine Verfahrensbeschleunigung hinwirken.

b) Identität zwischen Erst- und Zweitkläger

Erhebt eine Partei Klage im Erststaat und kommt es bei der Prüfung der Zuständigkeit bereits zu Verfahrensverzögerungen, stellt sich die Frage, ob dieselbe Partei ein Parallelverfahren in einem Zweitstaat einleiten kann. Eine Rücknahme der Klage im Erststaat ist in der Regel von der Zustimmung des Beklagten abhängig und kann auch weitere Nachteile mit sich bringen[51]. Es ist aber zu beachten, dass auch dem Kläger in diesen Fällen ein Recht auf eine gerichtliche Entscheidung

50 *McGuire*, ZfRV 2005, 83 (92).
51 *McGuire* (o. Fußn. 5), S. 133.

innerhalb angemessener Frist zukommt. Jedoch kann die Partei die gerichtliche Entscheidung innerhalb angemessener Frist mit Hilfe der Rechtsbehelfe im nationalen Verfahren geltend machen. Ein Rechtsschutzdefizit besteht in diesen Fällen gerade nicht[52].

VI. Fazit

Die Ausführungen haben gezeigt, dass der Ausschluss von Parallelverfahren im Hinblick auf die Interessen der Parteien und einer geordneten Rechtspflege notwendig ist. Grundsätzlich wird dadurch auch eine Begrenzung des Justizgewährungsanspruchs des Zweitklägers gerechtfertigt.

Der strikte Ausschluss von Parallelverfahren durch Art. 27 EuGVVO führt aber zu einem Rechtsschutzdefizit zu Lasten des Zweitklägers, wenn die Zuständigkeitsprüfung durch das Erstgericht überlange dauert. Dieses kann nur durch die Zulassung eines Parallelprozesses beseitigt werden.

Aufgrund des Prinzips des gegenseitigen Vertrauens ist dem Zweitgericht *de lege lata* eine Überprüfung der Verfahrensdauer vor dem Erstgericht versagt. Im Hinblick auf die Ausstrahlungsfunktion des Art. 47 II GRC ist *de lege ferenda* eine Fristenregelung in Art. 27 EuGVVO aufzunehmen. Auf diesem Wege ist es möglich, einen sachgerechten Ausgleich zwischen dem berechtigten Interesse an einem Ausschluss von Parallelverfahren und dem Anspruch des Zweiklägers auf eine gerichtliche Entscheidung innerhalb angemessener Frist herbeizuführen.

Literatur

Althammer, Christoph /Löhnig, Martin Zwischen Realität und Utopie: Der Vertrauensgrundsatz in der Rechtsprechung des *EuGH* zum europäischen Zivilprozessrecht, ZZPInt 2004, 23-38

Brett, Angela Verfahrensdauer bei Verfassungsbeschwerdeverfahren im Horizont der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, Berlin 2009

52 Anders: *McGuire* (o. Fußn. 5), S. 133.

Carl, Ingemar Einstweiliger Rechtsschutz bei Torpedoklagen, Frankfurt am Main 2007

Freitag, Robert Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004, hrsg. v. Tietze, Andrea/ McGuire, Mary-Rose/ Bendel, Christian/ Kähler, Lorenz/ Nickel, Nicole/ Reich, Barbara/ Sachse, Kathrin / Wehling, Eileen, Stuttgart 2005

Geimer, Reinhold / Schütze, Rolf (Hrsg.) *A.* Europäisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, München 2010

Geiger, Rudolf / Khan, Daniel-Erasmus / Kotzur, Markus (Hrsg.) EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2010

Grothe, Helmut Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzips im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschließliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung, IPRax 2004, 205-212

Hess, Burkhard EMRK, Grundrechte-Charta und europäisches Zivilverfahrensrecht, in: Festschrift für Erik Jayme, Band I, hrsg. v. Mansel, Heinz-Peter / Kronke, Hebert / Kohler, Christian/ Hausmann, Rainer, S. 339-359, München, 2008

Hess, Burkhard Europäisches Zivilprozessrecht, Heidelberg 2010

Hess, Burkhard / Pfeiffer, Thomas / Schlosser, Peter Study JLS/C4/2005/03, Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, Heidelberg 2007

Kropholler, Jan (Hrsg.) Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Auflage, Frankfurt am Main 2005

Lipp, Volker Europäische Justizreform, NJW 2001, 2657-2663

Luzak, Anna Katharina Wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne der Art. 6 I, 13 EMRK - Rechtsvergleichendes Gutachten zu den Regelungen in den Unterzeichnerstaaten der EMRK, Anlage BT-Drucks. 16/7655

McGuire, Mary-Rose Forum Shopping und Verweisung, ZfRV 2005, 83-93

McGuire, Mary-Rose Verfahrenskoordination und Verjährungsunterbrechung im Europäischen Prozessrecht, Tübingen 2004

Meyer, Jürgen Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, Baden-Baden 2011

Meyer-Ladewig, Jens (Hrsg.) Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, Baden-Baden 2006

Rauscher, Thomas (Hrsg.) Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 2006

Sander, Florian / Breßler Steffen Das Dilemma mitgliedstaatlicher Rechtsgleichheit und unterschiedlicher Rechtsschutzstandards in der Europäischen Union, ZZP 2009, 157-185

Schilling, Theodor Internationale Rechtshängigkeit vs. Entscheidung innerhalb angemessener Frist, IPRax 2004, 294-298

Schlosser, Peter EU-Zivilprozessrecht, 3. Auflage, München 2009

István Varga

Brüssel I-Verordnung und private Streiterledigung

I. Einleitung

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist laut Art. 1 I lit d) Brüssel I-Verordnung von dessen Anwendungsbereich ausgenommen. Weitere Ausnahmen sind: Konkurse, Vergleiche, Verfahren i. Z. mit der sozialen Sicherheit usw., welche den Ausnahmen des EuGVÜ ähnlich sind. Im Zusammenhang mit diesen Ausnahmen hat *Bernard Audit* bemerkt: *One may observe too that arbitration is not homogeneous with the other matters … Family matters, bankruptcy and social security are substantive matters, they are otherwise amenable to jurisdictional rules of the kind laid down by the convention and were excluded either because of their non-economic nature or for reasons of convenience. Concerning arbitration, what is at stake is the very power to adjudicate a dispute as between State and private judges.*[1]

Die Brüssel I-Verordnung erläutert aber nicht, welche Verfahren unter dem Begriff der „Schiedsgerichtsbarkeit“ fallen. Diese Frage hatte der *EuGH* in mehreren Fällen zu entscheiden, weil es in der Praxis sehr viele Verfahren gibt, welche mit der Schiedsgerichtsbarkeit in Zusammenhang stehen, die aber Verfahren vor den ordentlichen Gerichten sind und nicht die Entscheidung über das eigentliche Grundverfahren, d.h. das Schiedsgerichtsverfahren als Aufgabe haben. Diese sind Verfahren, die eine das Schiedsgericht unterstützende Aufgabe haben, oder die auf die Anordnung einer einstweiligen Verfügung gerichtet sind. Es gibt auch Fälle, bei denen ein ordentliches Gericht über die Existenz einer Schiedsgerichtsklausel oder über dessen Gültigkeit zu entscheiden hat. Im Falle der Nichtanwendbarkeit der Brüssel I-Verordnung können sich Parallelverfahren ergeben, indem verschiedene mitgliedstaatliche Gerichte in demselben Fall verfahren. So sind auch ver-

[1] *Audit,* Arbitration and the Brussels Convention; in Arbitration International, Vol. 9, No. 1 LCIA 1993, S. 4.

schiedene Urteile möglich, was allerdings zu einem Verstoß gegen das Prinzip des *res-iudicata* führt.

II. Verfahren auf Anordnung von einstweiligen Verfügungen

Das *Van Uden*-Urteil[2] ist u.a. wegen der Auslegung der Schiedsgerichtsbarkeit als „Ausnahme-Status" i.S.d. Brüssel I-Verordnung relevant. In diesem Fall musste der *EuGH* einerseits untersuchen, ob ein Verfahren vor dem ordentlichen Gericht auf Anordnung einer einstweiligen Verfügung in den Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung fällt, andererseits, ob im Falle der Schiedsgerichtsbarkeit ein nicht zuständiges ordentliches Gericht das Recht zur Anordnung einer einstweiligen Verfügung oder einer Sicherungsmaßnahme i.S.v. Art. 31 Brüssel I-Verordnung hat.

Im konkreten Fall handelte es sich um einen Vertrag, dessen Rechtsstreitigkeiten die Parteien einem niederländischen Schiedsgericht zugewiesen haben. Als eine Partei den Vertrag nicht angemessen erfüllt hatte, leitete die andere Partei ein Schiedsgerichtsverfahren in Holland ein. Da die andere Partei an dem Verfahren nicht teilnahm, beantragte der Kläger, den anderen Richter des Schiedsgerichts zu benennen und mit einer Sicherungsmaßnahme den Beklagten auf Zahlung einer Geldsumme zu verpflichten. Nach einem langwierigen Prozess hat der niederländische oberste Gerichtshof dem *EuGH* u.a. die Frage gestellt, ob der konkrete Fall in den Geltungskreis der Brüssel I-Verordnung fällt, und wenn ja, ob man eine einstweilige Verfügung i.S.v Art. 31 Brüssel I-Verordnung vor einem ordentlichen Gericht beantragen kann, wenn es im konkreten Fall auch eine Schiedsgerichtsklausel gibt.

Bezüglich der ersten Frage erschienen vor dem *EuGH* zwei Argumentationsmöglichkeiten: Laut der ersten, welche auch der Beklagte und das britische beziehungsweise das deutsche Gericht vertrat, schließt die Brüssel I-Verordnung die Schiedsgerichtsbarkeit als Ganzes aus ihrem Geltungsbereich aus. Daher fallen solche einstweiligen Verfügungen als sogenannte „Nebenverfahren" auch aus dem Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung. Nach der anderen Meinung, welche neben dem Kläger auch von der Kommission vertreten wurde, ist bei einer einst-

---

2 C-391/95 Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line and Another, Urteil des Gerichtshofs vom 17. November 1998.

weiligen Verfügung ausschlaggebend, ob der Gegenstand („*subject-matter*") in den Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung fällt. Der *EuGH* vertritt die letztere Meinung: So war im vorliegenden Fall der Antrag auf Anordnung einer einstweiligen Verfügung wegen des Ausfallens einer Leistung aufgrund des Vertrags entsprungen, welches, als zivilrechtliches Schuldverhältnis in den Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung fällt. Auf diese Weise fällt auch das Verfahren auf Anordnung einer einstweiligen Verfügung in den Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung.

Der *EuGH* hat festgestellt, dass die einstweiligen Verfügungen nicht nur sogenannte „Nebenverfahren" des Schiedsgerichtsverfahrens sind. Auf diese Weise können sie zwangsläufig auch keinen Ausnahmecharakter haben. Der *EuGH* vertritt in seiner Begründung die Auffassung, dass die einstweiligen Verfügungen nicht ausschließlich die Schiedsgerichtsbarkeit als Institution schützen, sondern einen breiteren Bereich der Rechte der Parteien wahren. Laut dem Gericht muss man die Frage, ob eine einstweilige Verfügung in den Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung fällt, nicht nach der Natur solcher Verfahren, sondern nach der Rechtsnatur beurteilen, welche durch die Verfügung zu schützen sind. Im in Frage stehenden Fall ist die Sicherstellung des Rechts auf die Erfüllung von Obligationen aus einem schuldrechtlichen Verhältnis ein Recht, das in den Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung fällt. Es ist also festzustellen, dass der *EuGH* sich die weitere Auslegung der Kommission aneignet und als Prinzip festlegt: Wenn über eine einstweilige Verfügung oder eine Sicherungsmaßnahme ad hoc zu entscheiden ist, dann ist dessen Gegenstand („*subject-matter*") zu berücksichtigen. Wenn dies in den Schutzbereich der Brüssel I-Verordnung fällt, ist diese anwendbar.

In der anderen Frage, nämlich ob Art. 31 Brüssel I-Verordnung auch dann anwendbar ist, wenn die Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts wegen einer Schiedsvereinbarung nicht vorliegt, hat der *EuGH* betont, dass Art. 31 Brüssel I-Verordnung deswegen anwendbar ist, weil die einstweilige Verfügung selbst (wegen ihres Gegenstands) in deren Geltungsbereich fällt. Das heißt, dass man vor einem ordentlichen Gericht auch dann eine einstweilige Verfügung beantragen kann, wenn das Verfahren eigentlich vor dem Schiedsgericht anhängig ist und die ordentlichen Gerichte keine Zuständigkeit haben. Das Schema ist hier dasselbe: Der Schutz der Rechte muss auch im Schiedsgerichtsverfahren durch die Möglichkeit der Anwendung der Verordnungsregeln gesichert werden. Die Auslegung des *EuGH* kann man als eine sehr weite Auslegung bezeichnen, da Art. 31 Brüssel I-Verordnung die Schiedsgerichtsverfahren gar nicht erwähnt, gar spricht es von „mitgliedstaatlichen Gerichten". In Bezug auf dieses *Van Uden*-Urteil hat sich *Ikko*

Yoshida auf folgende Weise geäußert: *"The Van Uden Case does, however, suggest a possible logical interpretation to determine the scope of the 1968 Brussel Convention with regard to this issue, in line with the decision in Mario Reichert and Others v. Dresdner Bank AG."*[3]

III. Verfahren, die den Fortgang des Schiedsverfahrens unterstützen

Die Verfahren, welche laut Expertenbericht über den Beitritt von Dänemark, Irland und dem Vereinigten Königreich zum Brüsseler Abkommen einen Ausnahmecharakter im Sinne der Brüssel I-Verordnung haben, werden im Punkt 32[4]) des *Van Uden*-Urteils zusammengefasst. Demnach ist das Schiedsverfahren eine solche Ausnahme. Des Weiteren sind auch unter anderem. die Benennung eines Richters, die Festlegung des Schiedsorts oder die Erweiterung des Zeitraums in dem man das Urteil fällen muss, als sog. „Nebenverfahren" (*„ancillary proceedings"*) des Schiedsgerichtsverfahrens zu bezeichnen. Der *EuGH* stellt im Punkt 33[5]) fest, dass die Verfahren zur Anordnung einer einstweiligen Verfügung nicht zu den sogenannten „Nebenverfahren" der Schiedsgerichtsbarkeit gehören, da diese Verfahren nicht die Schiedsgerichtsbarkeit als Institution schützen, sondern einen weitreichenden Kreis der Rechte der Parteien. Anhand dieser Rechte können die Verfahren in den Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung fallen. Zugleich sind die sogenannten „Nebenverfahren", die als Gegenstand (*„subject-matter"*) die Un-

---

3 *Yoshida*, Lessons from The Atlantic Emperor. Some Influence from the Van Uden Case, in: Arbitration International, Vol. 15. No. 4, LCIA 1999, S. 366.

4 *In dem anläßlich des Beitritts des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritanien und Nordirland zum Übereinkommen erstellten Sachverständigenbericht (ABl. 1979, C 59, S. 71, 92) wird ausgeführt, dass sich das Übereinkommen weder auf eine Gerichtsentscheidung bezieht, die die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Schiedsvertrags feststellt oder wegen seiner Unwirksamkeit die Parteien anhält, ein Schiedsverfahren nicht weiter zu betreiben, noch auf Verfahren oder Entscheidungen über Anträge auf Aufhebung, Änderung, Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen. Außerdem sind vom Anwendungsbereich des Übereinkommens Verfahren ausgeschlossen, die einem Schiedsverfahren dienen sollen, wie etwa Verfahren zur Ernennung oder Abberufung von Schiedsrichtern oder zur Festlegung des Schiedsorts und zur Verlängerung der für die Fällung des Spruchs bestehenden Fristen.*

5 *Jedoch sind die einstweiligen Maßnahmen grundsätzlich nicht auf die Durchführung eines Schiedsverfahrens gerichtet; sie werden vielmehr parallel zu einem solchen Verfahren zu dessen Unterstützung angeordnet. Gegenstand dieser Maßnahmen ist nicht die Schiedsgerichtsbarkeit als Rechtsgebiet, sondern die Sicherung verschiedenartigster Ansprüche. Daher bestimmt sich ihre Zugehörigkeit zum Anwendungsbereich des Übereinkommens nicht nach ihrer Rechtsnatur, sondern nach derjenigen der durch sie gesicherten Ansprüche (vgl. Urteil vom 26. März 1992 in der Rechtssache C-261/90, Reichert und Kockler, Slg. 1992, I-2149, Rdnr. 32).*

terstützungsfunktion des Schiedsgerichts haben, eindeutig aus dem Anwendungsbereich i.S.v. Art. 1 II lit. d) der Brüssel I-Verordnung ausgeschlossen.

Das *Marc Rich*-Urteil[6] hat dieselbe Frage aufgeworfen, als es um ein Verfahren ging, in dem der *EuGH* über die Benennung eines Schiedsrichters durch ein ordentliches Gericht entscheiden musste. In der Zusammenfassung des *Marc Rich*-Urteils legte der *EuGH* fest, dass die „Ausnahme" so auszulegen ist, dass die Vertragsparteien die Schiedsgerichtsbarkeit als Ganzes ausschließen wollten, einschließlich des „Nebenverfahrens", das vor den ordentlichen Gerichten im Gange ist. Laut Urteilsbegründung waren die das Brüsseler Abkommen abschließenden Parteien der Ansicht, dass die internationale Schiedsgerichtsbarkeit bereits angemessen geregelt war. In erster Linie mit dem *New Yorker Abkommen*, das ein anerkanntes System im Bereich der gegenseitigen Anerkennung der Schiedssprüche geschaffen hat.

Im konkreten Fall haben die Vertragsparteien als Bestandteil ihres Kaufvertrags die daraus resultierenden Rechtsstreitigkeiten einem ad hoc Schiedsgericht in London zugewiesen. Als die eine Partei wegen der nicht vertragsmäßigen Leistung von der anderen Schadensersatz verlangte, hat diese bei einem Gericht in Italien auf das Nichtvorhandensein einer rechtlichen Bindung eine Feststellungsklage erhoben. Um das Verfahren in Gang zu setzen, hat der Kläger daraufhin vor dem britischen ordentlichen Gericht die Benennung eines anderen Schiedsrichters nach einer einschlägigen Rechtsvorschrift beantragt, da die andere Partei am Verfahren nicht teilnahm. Der Beklagte argumentierte, dass der eigentliche Gegenstand des Falls eine Vorfrage ist, namentlich, ob es eine gültige Schiedsgerichtsklausel gibt. Diese fällt in den Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung und so könnte das italienische Gericht darüber entscheiden. Der Kläger argumentierte mit dessen Ausnahmecharakter.

Letztlich hat sich das britische Gericht höherer Instanz an den *EuGH* gewandt unter anderem mit der Frage, ob die Benennung eines Schiedsrichters durch ein ordentliches Gericht ein „Nebenverfahren" des Schiedsgerichtsverfahrens sei und so eine Ausnahme verkörperte. Laut der einschlägigen Argumentation des Beklagten ist der „Ausnahmecharakter" im Sinne der Brüssel I-Verordnung nach Art. 220 EGV auszulegen. Weil dieser die gegenseitige Anerkennung der Streitentscheidungen als Gegenstand der Regelung hat, ist die „Ausnahme" eng auszulegen. Nach Ansicht des Beklagten würde dies bedeuten, dass die Verfahren auf die

---

6 C-190/89 Marc Rich & Co. AG v Societa Italiana Impianti PA., Urteil des Gerichtshofs vom 25. Juli 1991.

Benennung eines Schiedsrichters durch ein ordentliches Gericht keine Ausnahmen sind und in den Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung fallen. Demgegenüber hat der Kläger die Meinung geäußert, dass die Mitgliedstaaten die Schiedsgerichtsbarkeit in weitem Sinne ausschließen wollten, d.h. auch alle mit der Schiedsgerichtsbarkeit in Verbindung stehende Verfahren. So hat in diesem Fall das Verfahren auch einen Ausnahmecharakter im Sinne der Brüssel I-Verordnung.

Der *EuGH* hat letztlich die Argumente des Klägers akzeptiert und die Frage nach mehreren Aspekten untersucht. Erstens deutete er darauf hin, dass Art. 220 EGV die justizielle Zusammenarbeit in Zivilrechtssachen nur insoweit in den Bereich der mitgliedstaatlichen Verhandlungen verweist, wie dies erforderlich ist (*„so far as necessary"*). Da zwischen den Mitgliedstaaten schon ein gut funktionierendes internationales System im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit ausgestaltet ist, welches in erster Linie auf dem *New Yorker Abkommen* beruht, war die Erforderlichkeit i.S.v. Art. 220 EGV und die Anwendung der Brüssel I-Verordnung nicht erforderlich. Andererseits beruft sich der *EuGH* auch auf einen Expertenbericht, welcher auch diese Absicht der Mitgliedstaaten feststellte. Das Gericht betont, dass das *New Yorker Abkommen* für die Mitgliedstaaten zwingend anwendbare Regeln bestimmt. Für die Vermeidung von miteinander konkurrierenden Rechtsvorschriften, ist der Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit gerechtfertigt. Dies wird auch dadurch nicht beeinträchtigt, dass die internationalen Abkommen nicht oder nur zum Teil solche Verfahren regeln, die als Gegenstand die Schiedsgerichtsbarkeit haben.

Wenn der Gegenstand eines Verfahrens (*„subject-matter"*) mit Aushilfecharakter die Ingangsetzung des Schiedsverfahrens hat, ist der betroffene Gegenstand das Schiedsgericht selbst. Hierzu fügt das Gericht hinzu, indem es sich auf den Expertenbericht beruft, dass bei einem solchen Verfahren das ordentliche Gericht nur ein Mittel zur Errichtung des Schiedsgerichts sei und demnach die Brüssel I-Verordnung nicht anwendbar sei. Im Endeffekt trennt diese Argumentation die Verfahren auf Anordnung einer einstweiligen Verfügung von den Verfahren mit Unterstützungscharakter aus dem Blickpunkt der Anwendbarkeit der Brüssel I-Verordnung. Es ist ersichtlich, dass der *EuGH* die Brüssel I-Verordnung wegen der zu schützenden Rechte als Gegenstand für anzuwenden erklärt, während das bei den Letzteren nicht der Fall ist.

Im Zusammenhang mit Art. 1. II lit. d) Brüssel I-Verordnung hat *Burkhard Hess* de lege ferenda folgende Bemerkung gemacht: De lege ferenda sollte in Art. 1. II lit. d) EuGVVO gestrichen werden. Zugleich sollte die EuGVVO zur Unterstützung von Schiedsverfahren stärker genutzt werden. Handgreifliche Folge der

Streichung wäre der Vorrang des NYÜ (New Yorker Abkommen) durch Art. 71 EuGVVO. Annexverfahren zur Schiedsgerichtsbarkeit wären in den Anwendungsbereich der EuGVVO einbezogen: Für Streitigkeiten über die Wirksamkeit der Schiedsabrede, über die Ernennung des Schiedsgerichts sowie für ähnliche Unterstützungsmaßnahmen sollte ein ausschließlicher Gerichtsstand geschaffen werden. Eine derartige Zuständigkeit für Unterstützungsmaßnahmen des Schiedsverfahrens sollte am (vereinbarten) Sitz des Schiedsgerichts bestehen[7].

IV. Die Wirksamkeit von Schiedsklauseln

Das zweite Sachgebiet stellt die Fälle dar, in denen die Schiedsklausel durch eine Partei in Frage gestellt und vor einem ordentlichen Gericht angefochten wird. Wenn in diesem Fall die Regeln der Brüssel I-Verordnung nicht anwendbar wären, könnte dies auch dazu führen, dass ein ordentliches Gericht sich für die Gültigkeit dieser Klausel ausspricht, während ein ordentliches Gericht in einem anderen Mitgliedstaat die Nichtigkeit derselben Klausel feststellt.[8] Dies würde dem Prinzip der *res-iudicata* nicht entsprechen.

Die Frage, ob auf solche Verfahren, die auf die Anfechtung der Schiedsgerichtsklausel gerichtet sind, die Verordnung anzuwenden ist, wurde vom *EuGH* aus drei Gründen untersucht. Zum Ersten, wenn die eigentliche (materielle) Frage nicht in den Geltungsbereich der Verordnung fällt (weil z.B. ein Prozess wegen der Benennung der Schiedsrichter in Gang ist), und die Zuständigkeit des Gerichts durch die Anfechtung der Schiedsgerichtsklausel in demselben Verfahren zu begründen versucht wird. Zum Zweiten, ob im Sinne der Brüssel I-Verordnung ein Urteil von einem „mitgliedstaatlichen" Gericht in einem anderen Mitgliedstaat zulässig ist, das als Gegenstand die Gültigkeit einer Schiedsgerichtsklausel hat. Zum Dritten, was ein ordentliches Gericht tun muss, wenn die eigentliche Fallfrage in den Geltungsbereich der Verordnung fallen würde, aber eine Partei sich auf die Schiedsgerichtsklausel beruft, laut der das ordentliche Gericht über keine Zuständigkeit verfügt.

Das erste Problem wurde von dem *EuGH* als zweite Frage im *Marc Rich*-Fall untersucht. Die Frage des britischen Gerichts lautete, ob die Präklusion gemäß Art. 1

---

7 *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, S. 260.

8 *Hess/Pfeiffer/Schlosser*, Report on the Application of Regulation Brussels I. in the Member States, 2007, S. 57.

Brüssel I-Verordnung sich auch auf solche Streitigkeiten bezieht, bei denen die Frage der Gültigkeit einer Schiedsgerichtsklausel als Vorfrage bei einem ordentlichen Gericht auftaucht, wobei die Verordnung auf den eigentlichen (materiellen) Fall nicht anwendbar ist. Die Argumente des Beklagten, welche zum Teil auch von der Kommission vertreten wurden, waren Folgende: Erstens stellte der Beklagte fest, dass sich die „Ausnahme" im Sinne der Brüssel I-Verordnung auf solche Verfahren nicht bezieht, wo die Schiedsgerichtsbarkeit nicht die eigentliche, materielle Frage, sondern nur eine zweitrangige Nebenfrage darstellt. Laut dem zweiten Argument des Beklagten, wenn in diesen Fällen die Brüssel I-Verordnung nicht anwendbar wäre, könnte die eine Partei auf der Grundlage, dass sie die Klausel bestreitet, im Endeffekt die zwingende Gültigkeit der Brüssel I-Verordnung ausspielen. Letztens stellt der *EuGH* fest, dass es in allen Fällen, in denen vor – in den Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung fallenden – zwei Gerichten parallele Verfahren bezüglich derselben Schiedsgerichtsklausel im Gang sind, die Ausnahme nicht anwendbar ist, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine Vorfrage oder die eigentliche Fallfrage handelt.

Der *EuGH* hat diese Argumente für nicht vertretbar gehalten. Nach seiner Ansicht ließe sich die Frage, was für Arten von Streitigkeiten vom Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung erfasst werden, nur mit Hilfe des Gegenstands der Untersuchung (*„subject matter"*) feststellen. Ob diese Frage die eigentliche oder nur eine Vorfrage sei, ist irrelevant. Laut Standpunkt des Gerichts würde es mit dem Prinzip der Rechtssicherheit im Widerspruch stehen, wenn, je nachdem in welcher Form die Frage im Rechtsstreit vorkommt, die Anwendbarkeit der Verordnung stets verändert werden könnte. Dies könnte sogar dazu führen, dass die Brüssel I-Verordnung in einem Teil des Prozesses anzuwenden wäre, im anderen Teil aber nicht. Letztlich stellt das Gericht fest, dass das Verfahren auf die Benennung des Schiedsrichters einen unterstützenden Charakter für die Schiedsgerichtsbarkeit hat, und zwar auch dann, wenn die Anfechtung der Schiedsgerichtsklausel als Vorfrage vorkommt. Es ist ersichtlich, dass das Gericht hier schon den *„subject-matter-Grundsatz"* zur Hilfe ruft, welchen es in dem *Van Uden*-Urteil auch konsequent angewendet hat. Diese Untersuchungsmethode kann man im Bereich der Auslegung der „Ausnahme" im Sinne der Brüssel I-Verordnung als *case-law* bezeichnen. Mit dieser Klausel bezweckt man den Ausschluss der ordentlichen Gerichte und der anwendbaren Rechtsvorschriften, einschließlich der Brüssel I-Verordnung, welche man nicht ohne Absicht aus deren Geltungsbereich *ab ovo* präkludiert. Die Verhaltensweise der Parteien, mit der Klausel von der Verordnung abzuweichen und deren Geltungsbereich auszuschließen, wirkt nicht gegen die Rechtssicherheit, sondern für die Erreichung der Vorteile der Schiedsgerichts-

barkeit als Alternative. Deswegen ist die Argumentation des Beklagten nicht zulässig.

Das Gericht hat die zweite Argumentation des Beklagten nicht bis ins Detail untersucht. Dennoch hat es sich wegen des im Weiteren geschilderten *West Tankers*-Falls mit diesem zu befassen. Nach diesem Argument wirkt es gegen die Rechtssicherheit, wenn eine Partei nur deswegen der Anwendung der Verordnung ausweichen kann, weil sie nur die Klausel anfechte. Der alternative Charakter des Schiedsgerichts bedeutet gerade, dass die Parteien die Möglichkeit haben, im Handelsbereich das ordentliche Gerichtssystem auszuschalten und dadurch solche Verfahren in Gang zu setzen, welche mit weniger Garantien ausgestattet, dafür aber umso schneller sind. Bezüglich der zweiten Frage beruft sich das Gericht im *Van Uden*-Urteil auf den Punkt 32) des Expertenberichts, welcher die gegenseitige Anerkennung der Urteile als klare Ausnahmen regelt, die als Gegenstand die Frage der Gültigkeit der Schiedsgerichtsklausel haben. Das Gericht verneint in solchen Fragen die Anwendung der Brüssel I-Verordnung.

Letztlich offenbarte sich der *EuGH* über das dritte Problembereich im *West Tankers*-Urteil[9]. In Punkt 24[10]) des Urteils stellt er fest, dass die Verfahren, die wegen des „Ausnahmecharakters" nicht in den Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung fallen, ungeachtet dessen eine solche Folge haben können, dass es „die Verwirklichung der Zielsetzung der Vereinheitlichung der Regeln der Zuständigkeit und der freien Bewegung solcher Beschlüsse in Zivil- und Handelssachen behindert". Demgemäß untersucht das Gericht im Punkt 26[11]) ob nach dem

---

9 C-185/07 Allianz SpA, früher: Riunione Adriatica Di Sicurta, a Generali Assicurazioni Generali SpA und West Tankers Inc., Urteil des Gerichtshofs vom 10. Februar 2009.

10 Jedoch kann ein Verfahren, auch wenn es nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 44/2001 fällt, gleichwohl Folgen haben, die deren praktische Wirksamkeit beeinträchtigen, und zwar kann es verhindern, dass die Ziele einer Vereinheitlichung der Vorschriften über die internationale Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen und der Freizügigkeit von in solchen Sachen ergangenen Entscheidungen erreicht werden. So verhält es sich insbesondere dann, wenn ein derartiges Verfahren ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats an der Ausübung der Befugnisse hindert, die ihm durch die Verordnung Nr. 44/2001 verliehen würden.

11 Insoweit ist, wie die Generalanwältin in den Nrn. 53 und 54 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, davon auszugehen, dass dann, wenn ein Verfahren nach seinem Streitgegenstand, d.h. nach der Rechtsnatur der in diesem Verfahren zu sichernden Ansprüche, etwa eines Schadensersatzanspruchs, in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 44/2001 fällt, eine Vorfrage, die die Anwendbarkeit einer Schiedsvereinbarung einschließlich deren Gültigkeit betrifft, ebenfalls in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fällt. Diese Schlussfolgerung wird bestätigt durch Rdnr. 35 des *Evrigenis/Kerameus-Berichts* über den Beitritt der Republik Griechenlands zum Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung gerichtlicher

zu schützenden Recht, d.h. nach dem Gegenstand des Rechtstreits, der Fall in den Geltungsbereich der Verordnung fallen würde. Das Gericht stellte schließlich fest: Wenn aufgrund des Gegenstands die eigentliche Fallfrage in den Geltungsbereich der Brüssel I-Verordnung fallen würde, so würde auch eine Zuständigkeit des Gerichts bezüglich der in Frage gestellten Schiedsgerichtsklausel und bezüglich des Rechtstreits vorliegen. In dem in Frage stehenden Fall hat der *EuGH* die Verordnung auch in Angelegenheiten für anwendbar erklärt, in denen die Anwendbarkeit dieser bezüglich der Vorfrage gerade ausgeschlossen gewesen wäre. Der Grund dafür ist, dass laut der Verordnung jedes Gericht das Recht hat, selbst über seine eigene Zuständigkeit zu entscheiden. Punkt 29[12] erwähnt, dass dies kein allgemeiner Grundsatz ist. Dies ist auch aus der *EuGH*-Rechtsprechung ersichtlich. Wie das Gericht betont, würde genau die Anwendung der Verordnung verletzt werden, wenn man von der Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts durch die Berufung auf eine Schiedsvereinbarung abweichen könnte, obwohl das ordentliche Gericht im Sinne der Verordnung für den Fall zuständig wäre.

Im Allgemeinen lässt sich feststellen, dass Streitigkeiten bezüglich der Gültigkeit der Schiedsgerichtsklausel aus dem Anwendungsbereich der Brüssel I-Verordnung fallen, auch wenn diese als eigentliche materielle und auch, wenn sie in Form einer Vorfrage vor das ordentliche Gericht gelangen. Eine Ausnahme bildet die Situation, wenn eine Vorfrage in der Weise vor ein staatliches Gericht kommt, dass der eigentliche materielle Schutz der fraglichen Rechte, nicht in den Geltungsbereich

Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 1972, L 299, S. 32, im Folgenden: Brüsseler Übereinkommen) (ABl. 1986, C 298, S. 1). Danach kann nach dem Brüsseler Übereinkommen inzident die Gültigkeit eines Schiedsvertrags geprüft werden, auf den sich die eine Partei beruft, um die internationale Unzuständigkeit des Gerichts geltend zu machen, vor dem sie nach dem Übereinkommen verklagt wird.

12 Daraus folgt zunächst, dass eine *anti-suit injunction,* wie die im Ausgangsverfahren ergangene, wie die Generalanwältin in Nr. 57 ihrer Schlussanträge dargelegt hat, nicht den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Brüsseler Übereinkommen ergebenden allgemeinen Grundsatz wahrt, wonach jedes angerufene Gericht nach dem für dieses Gericht geltenden Recht selbst bestimmt, ob es für die Entscheidung über den bei ihm anhängig gemachten Rechtsstreit zuständig ist (vgl. in diesem Sinne Urteil *Gasser*, Rdnrn. 48 und 49). Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Verordnung Nr. 44/2001, abgesehen von einigen begrenzten, im Ausgangsrechtsstreit nicht einschlägigen Ausnahmen, die Prüfung der Zuständigkeit eines Gerichts eines Mitgliedstaats durch ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats nicht gestattet (Urteile vom 27. Juni 1991, Overseas Union Insurance u. a., C-351/89, Slg. 1991, I-3317, Rdnr. 24, und Turner, Rdnr. 26). Diese Zuständigkeit bestimmt sich unmittelbar nach den Vorschriften der Verordnung, einschließlich derjenigen über ihren Anwendungsbereich. Ein Gericht eines Mitgliedstaats ist daher in keinem Fall besser in der Lage, über die Zuständigkeit eines Gerichts eines anderen Mitgliedstaats zu befinden (Urteile Overseas Union Insurance u.a., Rdnr. 23, und Gasser, Rdnr. 48).

der Verordnung fällt, d.h. wenn das Gericht wegen der Ausrede das Recht zur Entscheidung über die eigene Zuständigkeit im Sinne der Brüssel I-Verordnung verlieren würde.

In Zusammenhang mit Schiedsgerichtsklauseln verdient die Bemerkung von *Burkhard Hess* besondere Beachtung: Schließlich sollte ein Entscheidungsvorrang der staatlichen Gerichte am Ort des Schiedsverfahrens festgelegt werden: Vergleichbar zur vorgeschlagenen Regelung zur Rechtshängigkeit bei Gerichtsstandsvereinbarungen sollte im Fall einer Schiedsklausel jedes angerufene Gericht das Verfahren aussetzen, bis die Wirksamkeit der Schiedsklausel vor den Gerichten des Mitgliedstaates des Schiedsortes geklärt wurde.[13].

V. Das Problem der "anti-suit injunction"

Die *"anti-suit injunction"* ist eine gerichtliche Verfügung aus dem Recht des Vereinten Königreichs, wonach ein Gericht einer Partei untersagen kann, dass diese Partei vor einem anderen Gericht, als dem vereinbarten Schiedsgericht ein Verfahren einleitet. Die *"anti-suit injunction"* wird seit dem Jahre 1911, dem Fall *Pena Copper Mines v. Rio Tinto* erlassen.

Laut des Britischen Nationalen Berichts, der zum Heidelberger Bericht ausgearbeitet wurde, ist einer der größten Werte dieser *injunctions*, dass sie die Erhaltung und die Vollstreckung der Schiedsgerichtsvereinbarungen schützen, indem sie den Parteien andere gerichtliche Wege untersagen. Bis zum *West Tankers*-Fall hat es aber keine eindeutige Stellungnahme gegeben, wie sich die *"anti-suit injunction"* gegenüber dem System der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen verhält, welche das gegenseitige Vertrauen voraussetzt. Es war fraglich, ob ein solches gerichtliches Mittel, das als Gegenstand hat, dass andere ordentlichen Gerichte eine Schiedsgerichtsklausel aus Versehen außer Acht lassen, mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in Einklang steht. Dieses Dilemma wurde durch das Gericht im *West Tankers*-Urteil aufgelöst. Laut dem Sachverhalt gab es eine schadensersatzrechtliche Rechtsstreitigkeit. In dem konkreten Mietvertrag stand eine Schiedsgerichtsklausel, wonach alle Streitigkeiten von einem bestimmten Londoner Schiedsgericht entschieden werden müssen. Ungeachtet dessen hat der Kläger das Verfahren in Italien bei dem Gericht am Schadensort eingeleitet, gemäß den

---

13 *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, S. 260-261.

Vorschriften der Brüssel I-Verordnung. Der Beklagte hat dagegen eine Ausrede eingereicht und hat in London beim ordentlichen Gericht einen Antrag auf eine *"anti-suit injunction*" gestellt, damit dem Kläger das italienische Verfahren untersagt wird.

Obwohl das britische Gericht dies erfüllt hat, ist der Fall wegen einer Berufung beim Instanzgericht gelandet, welches einen Antrag auf eine Vorabentscheidung beim *EuGH* gestellt hat. Die Frage war Folgende: Steht es im Einklang mit der Verordnung, wenn ein Gericht mit der Begründung, dass es gegen die Schiedsgerichtsklausel verstoße, einen solchen Beschluss fällt, mit dem es jemandem untersagt, vor einem anderen mitgliedstaatlichen Gericht ein Verfahren einzuleiten oder dies weiterzuführen? Vor dem *EuGH* sind in diesem Fall zwei Argumentationsmöglichkeiten des britischen Gerichts vorgebracht worden, von denen die Letztere nicht entschieden werden konnte. Nach der ersten Ansicht ist die *"anti-suit injunction"* mit der Verordnung nicht im Einklang, weil sie gegen das Grundprinzip des gegenseitigen Vertrauens verstößt: Sie baut auf der Irrtümlichkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte aus anderen Ländern auf, wenn sie mit der Außerachtlassung der Schiedsgerichtsklausel rechnet. Nach der zweiten Ansicht kann die Brüssel I-Verordnung durch die *"anti-suit injunction"* nicht beeinträchtigt werden, da sich die *EuGH*-Rechtsprechung nicht nur auf das Schiedsgerichtsverfahren bezieht, sondern auch auf alle Verfahren, die als Gegenstand die Schiedsgerichtsbarkeit haben. Nach dieser Argumentation berührt die *"anti-suit injunction"* einen Bereich, auf den die Verordnung gar nicht anwendbar ist.

Der *EuGH* hat mit dieser Entscheidung die *"anti-suit injunction"* gegenüber der Verordnung (und auch gegenüber dem Europäischen Recht) für widerrechtlich erklärt[14]. In der Begründung hieß es, dass der Fall wegen seines Gegenstands (schadensersatzrechtlicher Rechtsstreit) unter die Verordnung fällt. Die Entscheidung der Frage, ob die Schiedsgerichtsklausel die Zuständigkeit des Gerichts beeinträchtigt, ist Sache des Gerichts. So berührt die *"anti-suit injunction"* die Anwendung der Verordnung, weil sie die Ausübung eines Rechts einem mitgliedstaatlichen Recht verbietet, welches Recht von der Verordnung stammt. Dies steht im theoretischen Sinne „im Gegensatz zum gegenseitigen Vertrauen, welches die Mitgliedstaaten gegenüber dem Rechtssystem und den justiziellen Behörden bekunden, worauf das Zuständigkeitssystem der EG-Verordnung Nr. 44/2001 be-

---

[14] *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 258-259.

ruht“ (Punkt 30[15] , *West Tankers*-Urteil). Das Gericht fügt auch hinzu, dass ein mitgliedstaatliches Gericht die Zuständigkeit eines anderen mitgliedstaatlichen Gerichts einer Revision unterstellt.

VI. Zusammenfassung

Die *EuGH*-Rechtsprechung bezüglich der Schiedsgerichte, als mitgliedstaatliche Gerichte ist vielfältig und komplex. Diese Rechtsprechung bewahrt eindeutig die Vorteile der Schiedsgerichte für das Handelsleben, vor allem die Schnelligkeit, aber auch das System selbst, das sich durch das internationale Recht als ein gut funktionierendes, anerkanntes und zuverlässiges Konzept entwickelt hat. Dennoch gibt es mehrere Bereiche, wie z.B. die Vorabentscheidung oder die Vorlegung einer Vorfrage, bei denen sich die Schiedsgerichte von den ordentlichen Gerichten eindeutig unterschieden. Die Praxis des *EuGH* bestärkt im Großen und Ganzen die Schiedsgerichtsbarkeit als eine von der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit in mancher Hinsicht grundverschiedenen, aber gerade durch diese Unterscheidungsmerkmale gerechtfertigten Verfahrensalternative.

Literatur

Bernard Audit, Arbitration and the Brussels Convention, Arbitration International, Vol. 9, No. 1 LCIA 1993

Hess, Burkhard Europäisches Zivilprozessrecht, Heidelberg 2010

Hess, Burkhard / Pfeiffer, Thomas / Schlosser, Peter Report on the Application of Regulation Brussels I. in the Member States, München 2008

Yoshida, Ikko, Lessons from The Atlantic Emperor. Some Influence from the Van Uden Case, Arbitration International, Vol. 15. No. 4, LCIA 1999

[15] Sodann widerspricht eine solche „*anti-suit injunction*“ auch dem Vertrauen, das die Mitgliedstaaten gegenseitig ihren Rechtssystemen und Rechtspflegeorganen entgegenbringen und auf dem das Zuständigkeitssystem der Verordnung Nr. 44/2001 beruht (vgl. in diesem Sinne Urteil *Turner*, Rdnr. 24), denn sie beeinträchtigt das Gericht eines anderen Mitgliedstaats darin, die ihm durch die Verordnung Nr. 44/2001 verliehenen Befugnisse auszuüben, nämlich auf der Grundlage der Bestimmungen der Verordnung über deren Anwendungsbereich, darunter ihres Art. 1 II lit. d, über die Anwendbarkeit der Verordnung zu entscheiden.

Autorenverzeichnis

Ahrens, Martin, Prof. Dr., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Anwaltsrecht und Zivilprozessrecht und Mitglied des Instituts für Privat- und Prozessrecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Asmuß, Martin MLE, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Martin Ahrens

Bogner, Jens, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Volker Lipp

Dietzel, Alexander, Referendar am Kammergericht zu Berlin und wissenschaftlicher Mitarbeiter sowie Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Anwaltsrecht von Prof. Dr. Martin Ahrens

Légrádi, István László, rechtswissenschaftliches Diplom ELTE, Doktoratsstudent am Lehrstuhl für Zivilprozessrecht und Rechtsreferendar in einer Anwaltskanzlei

Lipp, Volker, Prof. Dr., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung und Mitglied des Instituts für Privat- und Prozessrecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Pabst, Steffen, Dr. LL.M (Stockholm), akademischer Rat am Institut für ausländisches und europäisches Privat- und Verfahrensrecht der Universität Leipzig und Lehrbeauftragter am Lehrstuhl für Zivilprozessrecht der ELTE-Universität Budapest

Timar, Kinga, Promotionsstudentin und wissenschaftliche Mitarbeiterin, Lehrstuhl für Zivilprozessrecht, ELTE Universität Budapest z.Z. Saarbrücken

*Unkel, Kai***,** wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Volker Lipp

Varga, Istvàn, Inhaber des Lehrstuhls für Zivilprozessrecht an der Juristischen Fakultät ELTE Budapest, Gastprofessor an mehreren ausländischen Universitäten, Director of Studies an der Hague Academy of International Law und Partner einer internationalen Rechtsanwaltskanzlei

Die Europäisierung des Zivilprozesses ist vom Schlagwort zur Realität geworden. Dennoch verfügt die Europäische Union über keine eigene Zivilgerichtsbarkeit. Zivilprozesse werden vielmehr von den Gerichten der Mitgliedstaaten entschieden. Der zunehmende Zugriff des europäischen Gesetzgebers auf das Prozessrecht stellt daher eine gewaltige Herausforderung für die nationalen Prozessordnungen dar. Sie wurden auf mehreren Forschungstagungen an der Georg-August-Universität Göttingen und an der Eötvös-Lorand-Universität Budapest aus deutscher und ungarischer Sicht intensiv diskutiert. Im Fokus standen dabei die Wechselwirkungen zwischen europäischem Recht und den durchaus unterschiedlichen Traditionen der nationalen Zivilprozessordnungen. Die Referate dieser Tagungen werden mit dem vorliegenden Band allen Interessierten zugänglich gemacht.

Band 11 der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“

Die Reihe wird von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität herausgegeben und macht Veranstaltungen an der Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich.



ISBN: 978-3-86395-017-0
ISSN: 1864-2128

Universitätsverlag Göttingen